

SEPARATE OPINION
OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. <i>PROLEGOMENA</i> : THE SUBJECT OF THE RIGHTS AND THE OBJECT OF THE CLAIM	4-10
II. REFLECTIONS ON THE APPLICABLE LAW IN THE <i>CAS D'ESPÈCE</i>	11-32
1. Invocation and incidence of the 1966 UN Covenant on Civil and Political Rights	11-23
2. Invocation and incidence of the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights	24-28
3. Invocation and incidence of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations	29-32
III. THE SAGA OF THE SUBJECT OF THE RIGHTS: CONSIDERATIONS ON THE VINDICATION OF THE PROTECTED RIGHTS	33-81
1. The right to liberty and security of person	35-55
(a) The arrests and detention of 1988-1989	35-49
(b) The arrests and detention of 1995-1996	50-55
2. The right not to be expelled from a State without a legal basis	56-64
3. The right not to be subjected to mistreatment	65-74
4. The right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law	75-81
IV. THE HERMENEUTICS OF HUMAN RIGHTS TREATIES	82-92
V. THE PRINCIPLE OF HUMANITY IN ITS WIDE DIMENSION	93-106
VI. THE PROHIBITION OF <i>ARBITRARINESS</i> IN THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS	107-142
1. The notion of <i>arbitrariness</i>	108-111
2. The position of the UN Human Rights Committee	112-116
3. The position of the African Commission on Human and Peoples' Rights	117-122
4. The jurisprudential construction of the Inter-American Court of Human Rights	123-130
5. The jurisprudential construction of the European Court of Human Rights	131-139
6. General assessment	140-142
VII. THE MATERIAL CONTENT OF THE PROTECTED RIGHTS	143-157

OPINION INDIVIDUELLE
DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES: LE SUJET DES DROITS ET L'OBJET DE LA DEMANDE	4-10
II. RÉFLEXIONS SUR LE DROIT APPLICABLE EN L'ESPÈCE	11-32
1. Invocation et incidence du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies de 1966	11-23
2. Invocation et incidence de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981	24-28
3. Invocation et incidence de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963	29-32
III. LA SAGA DU SUJET DES DROITS: CONSIDÉRATIONS SUR LA DÉFENSE DES DROITS PROTÉGÉS	33-81
1. Le droit à la liberté et à la sécurité de la personne	35-55
a) Les arrestations et la détention de 1988-1989	35-49
b) Les arrestations et la détention de 1995-1996	50-55
2. Le droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique	56-64
3. Le droit de ne pas être soumis à de mauvais traitements	65-74
4. Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière	75-81
IV. L'HERMÉNEUTIQUE DES TRAITÉS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME	82-92
V. LE PRINCIPE D'HUMANITÉ AU SENS LARGE	93-106
VI. L'INTERDICTION DE L'ARBITRAIRE DANS LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME	107-142
1. La notion d'arbitraire	108-111
2. La position du Comité des droits de l'homme des Nations Unies	112-116
3. La position de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples	117-122
4. La jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme	123-130
5. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	131-139
6. Appréciation générale	140-142
VII. LE CONTENU MATÉRIEL DES DROITS PROTÉGÉS	143-157

1. The right to liberty and security of person	145-147
2. The right not to be expelled from a State without a legal basis	148-152
3. The interrelationship between the protected rights	153-157
VIII. THE JURISPRUDENTIAL CONSTRUCTION OF THE RIGHT TO INFORMATION ON CONSULAR ASSISTANCE IN THE CONCEPTUAL UNIVERSE OF HUMAN RIGHTS	158-188
1. The individual right beyond the Inter-State dimension	158-162
2. The humanization of consular law	163-166
3. The irreversibility of the advance of humanization	167-188
(a) The text of the 1963 Vienna Convention	173-174
(b) The object and purpose of the 1963 Vienna Convention	175
(c) The <i>travaux préparatoires</i> of the 1963 Vienna Convention	176-181
(d) General assessment	182-188
IX. THE NOTION OF “CONTINUING SITUATION”: THE PROJECTION OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS IN TIME	189-199
X. THE INDIVIDUAL AS VICTIM: REFLECTIONS ON THE RIGHT TO REPARATION	200-212
XI. BEYOND THE INTER-STATE DIMENSION: INTERNATIONAL LAW FOR THE HUMAN PERSON	213-221
XII. CONCLUDING OBSERVATIONS	222-231
XIII. EPILOGUE: TOWARDS A NEW ERA OF INTERNATIONAL ADJUDICATION OF HUMAN RIGHTS CASES BY THE ICJ	232-245

*

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

2. Yet, pursuing a distinct *rationale*, the Court’s majority came to an entirely different conclusion in other aspects of the present case (resolutive points 1, 5 and 6 of the *dispositif*). In relation to these other aspects, I regret not to be able to concur with the conclusions of the Court’s majority. In this connection, a point has already been made in a

1. Le droit à la liberté et à la sécurité de la personne	145-147
2. Le droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique	148-152
3. La relation entre les droits protégés	153-157
VIII. DÉVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE RELATIVE AU DROIT À L'INFORMATION SUR L'ASSISTANCE CONSULAIRE DANS L'UNIVERS CONCEPTUEL DES DROITS DE L'HOMME	158-188
1. Le droit individuel par-delà la dimension interétatique	158-162
2. L'humanisation du droit consulaire	163-166
3. Le caractère irréversible du progrès de l'humanisation	167-188
a) Le texte de la convention de Vienne de 1963	173-174
b) L'objet et le but de la convention de Vienne de 1963	175
c) Les travaux préparatoires de la convention de Vienne de 1963	176-181
d) Appréciation générale	182-188
IX. LA NOTION DE «SITUATION CONTINUE»: LA PROJECTION DES VIOLATIONS DES DROITS DE L'HOMME DANS LE TEMPS	189-199
X. L'INDIVIDU EN TANT QUE VICTIME: RÉFLEXIONS SUR LE DROIT À RÉPARATION	200-212
XI. PAR-DELÀ LA DIMENSION INTERÉTATIQUE: LE DROIT INTERNATIONAL POUR LA PERSONNE HUMAINE	213-221
XII. OBSERVATIONS FINALES	222-231
XIII. VERS UNE NOUVELLE ÈRE DE JUSTICE INTERNATIONALE EN MATIÈRE DE DROITS DE L'HOMME À LA CIJ	232-245

*

1. C'est, à ma connaissance, la première fois au cours de son histoire que la Cour internationale de Justice établit qu'il y a eu violation *des deux* traités des droits de l'homme en cause, à savoir, au plan universel, le Pacte relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies de 1966 et, au plan régional, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, tous deux dans le cadre de l'universalité des droits de l'homme. Je souscris tout à fait à la décision de la Cour à cet égard, de même qu'à l'égard de la violation qu'elle a établie de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 (article 36, paragraphe 1, alinéa *b*)), décision énoncée aux points 2, 3 et 4 du dispositif du présent arrêt.

2. Pourtant, s'appuyant sur un *raisonnement* distinct, la majorité de la Cour est parvenue à une conclusion entièrement différente sur d'autres aspects de l'affaire (points 1, 5 et 6 du dispositif). S'agissant de ces autres aspects, je regrette de ne pouvoir donner mon accord sur les conclusions de la majorité de la Cour. A cet égard, la déclaration commune de cinq

joint declaration of five Members of the Court¹, appended to the present Judgment, as to the right to liberty and to security of person (added to the right not to be expelled from a State without a legal basis).

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

I. PROLEGOMENA:

THE SUBJECT OF THE RIGHTS AND THE OBJECT OF THE CLAIM

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

5. The two contending States are both parties to the aforementioned treaties: Guinea is party to the Covenant on Civil and Political Rights since 24 January 1978, and to the African Charter since 16 February 1982, and the DRC is party to the Covenant since 1 November 1976, and to the African Charter since 20 July 1987. They are both, likewise, parties to the 1963 Vienna Convention: Guinea is party to it since 30 June 1988, and the DRC since 15 July 1976. The present case is, thus, significantly, an *inter-State contentious case before the International Court of Justice*, pertaining entirely to the *rights of the individual concerned* (Mr. A. S. Diallo), and the legal consequences of their alleged violation, under a UN human rights treaty, a regional human rights treaty, and a UN codifica-

¹ Cf., joint declaration of Judges Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cançado Trindade and Yusuf.

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

membres de la Cour¹ annexée à l'arrêt fait déjà état d'une position concernant le droit à la liberté et à la sécurité de la personne (qui s'ajoute au droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique).

3. En sus de cette position et s'agissant d'autres questions examinées dans l'arrêt de la Cour, j'estime donc de mon devoir de présenter dans la présente opinion individuelle les raisons sur lesquelles se fonde ma position personnelle sur ces questions. Avant d'entamer mon exposé, je tiens d'abord à appeler brièvement l'attention sur un aspect important — selon moi — de l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, tel qu'il a été présenté à la Cour par les Parties au litige elles-mêmes, concernant le *sujet des droits* et l'*objet de la demande*.

I. PROLÉGOMÈNES:

LE SUJET DES DROITS ET L'OBJET DE LA DEMANDE

4. La présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, qui oppose la République de Guinée à la République démocratique du Congo, concerne en réalité les *droits individuels* de M. A. S. Diallo, tels qu'ils sont définis dans le Pacte relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies de 1966 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, à savoir, principalement, le droit à la liberté et à la sécurité de la personne et le droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique². Cette affaire concerne en outre le droit individuel à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière, consacré par la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963. Les droits dont la violation a été alléguée sont ceux qui sont énoncés à l'article 9, paragraphes 1 à 4, et à l'article 13 du Pacte, à l'article 6 et à l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine, ainsi qu'à l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne de 1963.

5. Les deux Etats en litige sont parties aux traités susmentionnés: la Guinée est partie au Pacte sur les droits civils et politiques depuis le 24 janvier 1978 et à la Charte africaine depuis le 16 février 1982, et la RDC est partie au Pacte depuis le 1^{er} novembre 1976 et à la Charte africaine depuis le 20 juillet 1987. Les deux Etats sont également parties à la convention de Vienne de 1963: la Guinée depuis le 30 juin 1988 et la RDC depuis le 15 juillet 1976. La présente affaire est donc — et cela est important — une *affaire contentieuse interétatique soumise à la Cour internationale de Justice*, concernant entièrement *les droits de l'individu concerné* (M. A. S. Diallo) et les conséquences juridiques des violations alléguées de ces droits, au titre d'un traité des Nations Unies relatif

¹ Voir la déclaration commune des juges Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cançado Trindade et Yusuf.

² Les plaintes découlent des arrestations et mises en détention répétées de M. A. S. Diallo en RDC en 1988-1989 et en 1995-1996, ainsi que de son expulsion de la RDC en 1996.

tion Convention. This is a significant feature of the present case, unique in the history of the ICJ.

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

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

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

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

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

aux droits de l'homme, d'un traité régional relatif aux droits de l'homme et d'une convention de codification des Nations Unies. C'est là un aspect important de la présente affaire, qui est unique dans l'histoire de la Cour.

6. Après avoir identifié le *sujet des droits* et l'*objet de la demande* en l'espèce, je me propose d'examiner dans les paragraphes qui suivent, selon un enchaînement logique, certains points liés entre eux. En premier lieu, je m'arrêterai à l'identification du droit applicable en l'espèce, en axant particulièrement mon attention sur l'invocation et l'incidence des dispositions pertinentes du Pacte relatif aux droits politiques et civils des Nations Unies de 1966 et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, en plus de la disposition pertinente de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963.

7. En deuxième lieu, je m'intéresserai à la saga du sujet des droits en l'instance (M. A. S. Diallo), en particulier à la défense de ses droits protégés par les trois traités, à savoir le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne, le droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique, le droit de ne pas être soumis à de mauvais traitements et le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière.

8. En troisième lieu, j'examinerai l'herméneutique des traités des droits de l'homme (dans la mesure où elle a une incidence sur le règlement du différend) et, en quatrième lieu, j'axerai mon attention sur le *principe d'humanité*, tel que je l'interprète, au sens large. En cinquième lieu, mes réflexions porteront sur la question essentielle de l'interdiction de l'*arbitraire* dans le droit international des droits de l'homme, à propos de laquelle j'examinerai et apprécierai les positions du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi que l'édifice jurisprudentiel des Cours inter-américaine et européenne des droits de l'homme.

9. En sixième lieu, j'examinerai tour à tour le contenu matériel des droits protégés dans le présent arrêt (droit à la liberté et à la sécurité de la personne et droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique), ainsi que la jurisprudence relative au droit à l'information sur l'assistance consulaire dans l'univers conceptuel des droits de l'homme. A ce sujet, je m'attarderai plus longuement sur le droit individuel à l'information sur l'assistance consulaire par-delà la dimension interétatique et j'examinerai et apprécierai le processus d'humanisation du droit consulaire à cet égard (tel que je le perçois) et ce que je considère comme le caractère irréversible de cette humanisation.

10. En septième lieu, je traiterai la notion de «situation continue» à la lumière de la projection des violations des droits de l'homme dans le temps. Cet examen sera suivi, en huitième lieu, de réflexions sur l'individu en tant que *victime* et *titulaire* du droit à la réparation et, en neuvième lieu, d'un exposé succinct de mon point de vue sur le droit international *pour la personne humaine*, par-delà la dimension interétatique. J'aurai ainsi préparé la voie à l'exposé de mes observations finales et à un bref

perceive it — towards a new era of international adjudication of human rights cases by the ICJ.

II. REFLECTIONS ON THE APPLICABLE LAW IN THE *CAS D'ESPÈCE*

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

11. Throughout the whole proceedings of the *Diallo* case, the relevant provisions of the 1966 UN Covenant on Civil and Political Rights marked presence, at the written and oral phases, and formed object of the submissions of the contending Parties. This remarkable feature of the *cas d'espèce* before the International Court of Justice is not to be underestimated. Already in its Application instituting proceedings of 28 December 1998, the Applicant State contended that under the Covenant on Civil and Political Rights, together with the 1948 Universal Declaration of Human Rights, “no one may be arrested or detained unless proved guilty according to law by an impartial tribunal acting with regard for the presumption of innocence and the rights of the defence” (p. 29 *in fine*).

12. In its Memorial (of 23 March 2001), Guinea invoked the “relevant principles” applicable in case of “arbitrary arrest and detention and expulsion”, as enshrined in Articles 9 (1) and 13 of the Covenant on Civil and Political Rights (paras. 3.6 and 3.33). On its part, the Respondent State, the DRC, in its Counter-Memorial (of 27 March 2008), addressed the point at issue (para. 1.03), challenging the alleged breaches of Articles 9 and 13 of the Covenant (paras. 1.24-1.31). Shortly afterwards, in its Reply (of 19 November 2008), Guinea dwelt upon the point at issue, at greater length, elaborating further on its submissions of violations — on the part of the DRC — of Articles 9 (1) to (4) of the Covenant.

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

14. On its part, in its Rejoinder (of 5 June 2009), the DRC controverted the Applicant State’s submission that it had breached Article 9 (1) to (4) of the Covenant (paras. 1.18-1.35 and 1.39), also expressly referring

épilogue sur l'évolution vers une nouvelle ère de justice internationale en matière de droits de l'homme à la CIJ.

II. RÉFLEXIONS SUR LE DROIT APPLICABLE EN L'ESPÈCE

1. *Invocation et incidence du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies de 1966*

11. Pendant toute la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, les dispositions pertinentes du Pacte relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies de 1966 ont été fort présentes, au cours tant de la procédure écrite que de la procédure orale, et ont fait l'objet de conclusions des Parties. L'importance de cet aspect frappant de l'affaire dont vient de connaître la Cour internationale de Justice ne saurait être sous-estimée. Dès sa requête introductive d'instance (du 28 décembre 1998), l'Etat requérant a soutenu que, en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, «personne ne peut être arrêté ou détenu s'il n'a été déclaré coupable selon la loi par un tribunal impartial agissant dans le respect de la présomption d'innocence et des droits de la défense» (p. 29 *in fine*).

12. Dans son mémoire (en date du 23 mars 2001), la Guinée a invoqué les «principes pertinents» applicables en cas d'«arrestation arbitraire et de détention et expulsion», qui sont énoncés au paragraphe 1 de l'article 9 et à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (par. 3.6 et 3.33). Pour sa part, l'Etat défendeur, la RDC, a, dans son contre-mémoire (en date du 27 mars 2008), répondu à cette question (par. 1.03) en contestant les allégations de violation des articles 9 et 13 du Pacte (par. 1.24-1.31). Peu après, dans sa réplique (en date du 19 novembre 2008), la Guinée a longuement examiné cette question, en développant ses arguments sur les violations des paragraphes 1 à 4 de l'article 9 du Pacte qu'aurait commises la RDC.

13. Selon la Guinée, ces violations avaient été commises lors des arrestations et mises en détention de M. A. S. Diallo en 1988-1989 et en 1995-1996, expressément mentionnées (par. 1.17-1.48), que la Guinée jugeait arbitraires au motif que la victime n'aurait pas été informée des raisons de son arrestation et de sa détention ni des accusations portées contre elle et n'aurait pas été traduite devant un juge ou un tribunal chargé de connaître de la légalité de ces actes dans un délai raisonnable. En outre, la Guinée soutenait que l'expulsion du plaignant de la RDC en 1996 n'était pas conforme au paragraphe 4 de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ni au paragraphe 2 de l'article 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (par. 1.60-1.90).

14. La RDC, quant à elle, se référant expressément aux arrestations et aux détentions de M. A. S. Diallo en 1988-1989 et en 1995-1996 (par. 1.07-1.49), a contesté dans sa duplique (en date du 5 juin 2009) la thèse du

to Mr. A. S. Diallo's arrests and detentions of 1988-1989 as well as of 1995-1996 (paras. 1.07-1.49). The two contending Parties dwelt further upon their points in the course of the oral phase of the proceedings before the Court. Thus, in its pleadings of 19 April 2010, Guinea again invoked Articles 9 and 13 of the Covenant, in combination with Article 6 of the African Charter, and Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations (cf. *infra*)³.

15. Guinea concentrated attention particularly on Article 9 (1) to (5) of the Covenant⁴. For its part, the DRC, in its pleadings of 26 April 2010, argued that there had been no breach, on its part, of Articles 9 and 13 of the Covenant (on account of Mr. A. S. Diallo's expulsion of 31 January 1996)⁵. The controversies between Guinea and the DRC were, thus, sustained by them throughout the whole proceedings of the present case before the Court, in their written and oral phases.

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

17. It may well be that the present case has undergone a certain metamorphosis, since the early days of the Application instituting proceedings of 28 December 1998 and the Court's Judgment on preliminary objections (of 24 May 2007), followed by the subsequent proceedings till the present Judgment on the Merits (of 30 November 2010). Earlier on, much emphasis was placed on property rights and diplomatic protection, but enthusiasts of those two traditional issues seemed gradually to lose some or much of their interest (still dreaming of, or longing for, *Barcelona Traction* added to the *Mavrommatis* fiction remindful of Vattel), as the dynamics of the present case has fortunately taken a new course, in the written and oral phases concerning the merits (and reparation).

18. To my mind, the truth is that, during the proceedings on the merits (written and oral phases), the present case has taken the form — as it should — of a clear case of *human rights protection*. After all, since the days of Ulpiano (*circa* 170-228 of our era), *honeste vivere* comes first. *Vivere* itself comes before *habere*, and *dignitatem vivere* surely stands above property rights. Well above discretionary diplomatic protection, this

³ CR 2010/1 of 19 April 2010, p. 34, para. 24, p. 50, para. 39, and p. 54, paras. 52-55.

⁴ *Ibid.*, pp. 36-39, paras. 31-37; and cf. CR 2010/5 of 28 April 2010, pp. 18-19, paras. 23-24.

⁵ CR 2010/3 of 26 April 2010, pp. 32-36, paras. 58, 62-63, 66 and 70.

requérant selon laquelle elle aurait violé les paragraphes 1 à 4 de l'article 9 du Pacte (par. 1.18-1.35 et 1.39). Les deux Parties ont développé leurs thèses devant la Cour pendant la procédure orale. Ainsi, dans sa plaidoirie du 19 avril 2010, la Guinée a évoqué à nouveau les articles 9 et 13 du Pacte, en plus de l'article 6 de la Charte africaine et de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 (voir *infra*)³.

15. La Guinée a particulièrement insisté sur les paragraphes 1 à 5 de l'article 9 du Pacte⁴. Pour sa part, la RDC, dans sa plaidoirie du 26 avril 2010, a soutenu qu'elle ne s'était rendue coupable d'aucune violation des articles 9 et 13 du Pacte (lors de l'expulsion de M. A. S. Diallo le 31 janvier 1996)⁵. La controverse entre la Guinée et la RDC s'est donc poursuivie pendant toute la procédure, tant écrite qu'orale.

16. Le point qu'il importe de retenir et de mettre en exergue ici est, à mon avis, le fait que, dans la présente affaire, les deux Parties en présence se sont appuyées principalement, en ce qui concerne le droit applicable, sur le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et sur la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Il est tout à fait significatif — et peut-être doit-on voir là un signe des temps nouveaux — que la CIJ ait été invitée par les Parties elles-mêmes à déterminer s'il y avait eu violation par l'Etat défendeur des dispositions pertinentes du Pacte et de la Charte africaine, en plus de la disposition pertinente de la convention de Vienne de 1963.

17. Il est fort possible que la présente affaire se soit jusqu'à un certain point métamorphosée entre ses débuts, à savoir le dépôt de la requête introductive d'instance (datée du 28 décembre 1998) et l'arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires (du 24 mai 2007), et la procédure puis l'arrêt au fond (daté du 30 novembre 2010) qui ont suivi. A l'origine, il était beaucoup question de droit de propriété et de protection diplomatique, mais les tenants de ces deux questions traditionnelles (encore épris ou nostalgiques de l'affaire de la *Barcelona Traction* et de la fiction vatélieuse de l'affaire *Mavrommatis*) ont paru graduellement perdre, au moins en partie, leur enthousiasme, car la dynamique de l'affaire a fort heureusement pris une tournure tout à fait nouvelle au cours des phases écrite et orale au stade du fond (et de la réparation).

18. A la vérité, selon moi, au cours de la procédure sur le fond (tant écrite qu'orale), la présente affaire s'est transformée — comme bien elle le devait — en affaire non équivoque de *protection des droits de l'homme*. Après tout, depuis l'époque d'Ulpiano (dans les années 170-228 de notre ère), la priorité est accordée à l'*honeste vivere*. Le *vivere* l'emporte sur l'*habere* et le *dignitatem vivere* a certainement préséance sur le droit de

³ CR 2010/1 du 19 avril 2010, p. 34, par. 24, p. 50, par. 39, et p. 54, par. 52-55.

⁴ *Ibid.*, p. 36-39, par. 31-37; et voir CR 2010/5 du 28 avril 2010, p. 18-19, par. 23-24.

⁵ CR 2010/3 du 26 avril 2010, p. 32-36, par. 58, 62-63, 66 et 70.

has become a case of human rights protection, and one with far greater interest, in my view, for the *jus gentium* of our times. Each case has a dynamic of its own, and this development in the *cas d'espèce* should not pass unnoticed.

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

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

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

22. Ours are the times of a new *jus gentium*, focused on the rights of the human person, individually or collectively, which the "*droit d'étatistes*" of the legal profession insist on refusing to reckon, or rather on refusing or failing to understand, willingly or not. Much to the credit of both Guinea and the DRC, the ICJ is now called upon to settle a dispute brought into its cognizance, in the course of the proceedings on the merits, on the basis of two human rights treaties (the 1966 Covenant on

propriété. Bien au-delà de la protection diplomatique discrétionnaire, cette affaire est devenue une affaire de protection des droits de l'homme, qui présente beaucoup plus d'intérêt, à mon avis, pour le droit des gens de notre époque. Chaque affaire a sa dynamique propre et cette évolution du cas d'espèce ne doit pas passer inaperçue.

19. Il est en effet tout à fait remarquable qu'une cour comme la CIJ, qui a vocation à régler les différends entre Etats, soit enfin priée, dans l'exercice de ses fonctions en matière contentieuse, de régler un différend sur la base de deux traités des droits de l'homme (l'un des plus importants traités des droits de l'homme des Nations Unies, le Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques, et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples), en plus de la disposition pertinente de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963. Les Parties étant devant la Cour ont fondé leurs thèses sur ces trois traités, qu'elles ont identifiés comme constituant le droit applicable en l'espèce.

20. Au moins un enseignement fondamental peut être tiré de ce fait. Cet enseignement est beaucoup plus important que l'impact, déjà reconnu, du droit international des droits de l'homme sur un mécanisme interétatique volontariste comme la protection diplomatique. Au-delà des limites étroites de la protection diplomatique discrétionnaire, nous pouvons aujourd'hui dire que nous nous trouvons essentiellement devant une affaire relative aux droits de l'homme, concernant la protection internationale des droits de l'homme. La Cour a été saisie de cette affaire dans le cadre d'un mécanisme interétatique, celui-là même qu'avait envisagé le Comité de juristes qui a rédigé à l'origine le Statut de la CPJI en 1920, lequel est devenu, *mutatis mutandis*, le Statut de la CIJ en 1945.

21. Le fait que le mécanisme demeure un mécanisme strictement interétatique, ce qui est assez anachronique, comme pour défier le passage inéluctable du temps, ne signifie pas que la CIJ doive continuer aujourd'hui à raisonner dans une perspective strictement interétatique, qui ne fasse place qu'aux Etats (voir par. 203-205 *infra*). Nous sommes en présence d'une affaire relative aux droits de l'homme, qui concerne les droits de M. A. S. Diallo au titre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (en plus de la convention de Vienne de 1963), à raison des arrestations et des mises en détention qu'il a subies en 1988-1989 et en 1995-1996, avant d'être expulsé en 1996 du pays dont il était résident depuis des années. Malgré la procédure interétatique, la Cour est appelée à se prononcer sur les droits d'une personne humaine, en dehors du carcan interétatique.

22. L'époque actuelle voit l'émergence d'un nouveau droit des gens, qui met l'accent sur les droits individuels ou collectifs de la personne humaine, ce que les «droit-d'étatistes» de la profession juridique refusent de reconnaître, ou plutôt refusent ou sont incapables de comprendre, volontairement ou non. Grâce à la Guinée et à la RDC, à qui il faut en savoir gré, la CIJ a été appelée à régler un différend qui lui a été soumis, dans le cadre de la procédure sur le fond, sur la base de deux traités des

Civil and Political Rights and the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights) which have a prominent place in the contemporary *corpus juris* of the international law of human rights, in addition to the 1963 Vienna Convention on Consular Relations.

23. In respect of the merits (and reparation), this is indeed and clearly a case pertaining to human rights protection, rather than to diplomatic protection. This latter was the *means* (or the tool) whereby the complaint was lodged with the Court, once the cause of Mr. A. S. Diallo was espoused by his State of origin or nationality. But diplomatic protection, ineluctably discretionary in character, has already played its *instrumental* role, and the case now before the Court is *substantively* one pertaining to human rights protection.

2. *Invocation and Incidence of the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights*

24. Both the DRC and Guinea focused their pleadings — which I have taken the care to review in the present separate opinion — on the UN Covenant on Civil and Political Rights, in so far as the fate of Mr. A. S. Diallo as an individual is concerned; yet, as already indicated, two other treaties were referred to, namely, the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights, and the 1963 Vienna Convention on Consular Relations, also in respect of Mr. A. S. Diallo's fate as an individual. I shall likewise review their pleadings in relation to these three treaties.

25. In so far as the African Charter on Human and Peoples' Rights is concerned, in the consideration of the present *Diallo* case, it was brought into the picture only at a late stage of the written phase of the proceedings before the Court. It was not until its Reply (of 10 November 2008) that Guinea invoked Article 12 (4) of the African Charter, in connection with the corresponding Article 13 of the UN Covenant on Civil and Political Rights, in its argument on the limits imposed by international law on the expulsion of aliens (paras. 1.60-1.71). The Rejoinder (of 5 June 2009) of the DRC did not touch on this point, and concentrated its views, at that stage, only on the alleged unlawfulness of the arrests and detentions of Mr. Diallo in 1988-1989 and 1995-1996, not on his expulsion.

26. In its oral arguments, in addressing the arrests and detentions of Mr. A. S. Diallo, Guinea sustained breaches of “Article 9 of the 1966 Covenant on Civil and Political Rights, to which might be added Article 6 of the African Charter on Human and Peoples' Rights”⁶. Neither Guinea nor the DRC dwelt much further upon the African Charter in the

⁶ CR 2010/1 of 19 April 2010, para. 24, and cf. para. 26.

droits de l'homme (le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981) qui occupent une place éminente dans le *corpus juris* contemporain du droit international des droits de l'homme, en plus de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963.

23. En ce qui concerne le fond (et la réparation), il s'agit effectivement et clairement d'une affaire qui touche la protection des droits de l'homme et non la protection diplomatique. Cette dernière a été le *moyen* (ou l'instrument) par lequel la plainte a été soumise à la Cour, après que la cause de M. A. S. Diallo eut été épousée par son Etat d'origine ou de nationalité. Mais la protection diplomatique, qui est par nature inévitablement discrétionnaire, a déjà joué son rôle *instrumental*, et l'affaire dont vient de connaître la Cour est, *en substance*, une affaire qui concerne la protection des droits de l'homme.

2. *Invocation et incidence de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981*

24. La RDC et la Guinée ont toutes deux mis l'accent, dans leurs plaidoiries — que j'ai tenu à examiner dans la présente opinion individuelle — sur le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies, dans la mesure où le sort de M. A. S. Diallo en tant qu'individu est concerné; pourtant, comme il a déjà été indiqué, deux autres traités ont également été invoqués, à savoir la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 et la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963, également à propos du sort de M. A. S. Diallo en tant qu'individu. J'examinerai les plaidoiries des deux Parties concernant ces trois traités.

25. S'agissant de la Charte africaine, elle n'a été invoquée dans l'instance qu'à une étape tardive de la procédure écrite. Ce n'est que dans sa réplique (datée du 10 novembre 2008) que la Guinée a invoqué le paragraphe 4 de l'article 12 de la Charte africaine, en parallèle avec l'article 13 correspondant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies et ce, dans son argumentation sur les limites imposées par le droit international à l'expulsion des étrangers (par. 1.60-1.71). Dans sa duplique (datée du 5 juin 2009), la RDC a passé ce point sous silence, se concentrant à ce stade sur les allégations d'illégalité des arrestations et mises en détention de M. Diallo en 1988-1989 et en 1995-1996, et non sur son expulsion.

26. Dans ses plaidoiries, à propos des arrestations et mises en détention de M. A. S. Diallo, la Guinée a soutenu qu'avait été violé «l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, auquel on pourrait ajouter l'article 6 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples»⁶. Ni la Guinée ni la RDC n'ont insisté

⁶ CR 2010/1 du 19 avril 2010, par. 24; et voir par. 26.

course of the proceedings, but this did not impede the Court to develop, as it rightly did, its own reasoning to determine the breaches of the relevant provisions of both human rights treaties.

27. In the circumstances of the case, the ICJ was, in my view, perfectly entitled to do so, even *motu proprio*, in so far as the African Charter (in combination with the aforementioned Covenant) is concerned. It may be added that, in Article 60, on “Applicable Principles”, the African Charter discloses a wide horizon for the exercise of its hermeneutics, in providing that its application (by the African Commission — and nowadays also the African Court — on Human and Peoples’ Rights) is to:

“draw inspiration from international law on human and peoples’ rights, particularly from the provisions of various African instruments on human and peoples’ rights, the Charter of the United Nations, the Charter of the [then] Organization of African Unity, the Universal Declaration of Human Rights, other instruments adopted by the United Nations and by African countries in the field of human and peoples’ rights as well as from the provisions of various instruments adopted within the specialized agencies of the United Nations of which the parties to the present Charter are members”⁷.

28. The ICJ, as “the principal judicial organ of the United Nations” (Article 92 of the UN Charter), was perfectly entitled, in the *cas d’espèce* to proceed, *sponte sua*, to the legal construction it undertook to determine the breach of Article 6 of the African Charter together with Article 9 (1) of the UN Covenant on Civil and Political Rights (paras. 74-79). The Court further referred to the relationship between Article 5 of the African Charter and Article 7 of the aforementioned Covenant, in respect of the African Charter’s provision on “the right to the respect of the dignity inherent in a human being” (cited in para. 87).

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

29. Besides the relevant provisions of the Covenant and of the African

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

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

d'avantage sur la Charte africaine au cours de la procédure, mais cela n'a pas empêché la Cour, à juste titre d'ailleurs, d'élaborer son propre raisonnement pour établir si des dispositions pertinentes de ces deux traités des droits de l'homme avaient été violés.

27. Dans les circonstances de l'affaire, la Cour était, à mon avis, tout à fait en droit de le faire, même *motu proprio*, en ce qui concerne la Charte africaine (combinée au Pacte). J'ajouterai que l'article 60, qui concerne les « principes applicables », de la Charte africaine ouvre un large horizon à l'exercice de l'herméneutique, puisqu'il y est précisé que l'application de la Charte (par la Commission africaine — et de nos jours également la Cour africaine — des droits de l'homme et des peuples) consiste à :

« s'inspir[er] du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples, notamment des dispositions des divers instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples, des dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'unité africaine, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, des dispositions des autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que des dispositions de divers instruments adoptés au sein d'institutions spécialisées des Nations Unies dont sont membres les parties à la présente Charte »⁷.

28. La CIJ, en tant qu'« organe judiciaire principal des Nations Unies » (article 92 de la Charte des Nations Unies), pouvait parfaitement, en l'espèce, effectuer *sponte sua* la construction juridique à laquelle elle a procédé pour déterminer s'il y avait eu violation de l'article 6 de la Charte africaine et du paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies (par. 74-79). La Cour a, de plus, évoqué la relation entre l'article 5 de la Charte africaine et l'article 7 du Pacte susmentionné à propos de la disposition de la Charte africaine portant sur « le droit au respect de la dignité inhérente à l'être humain » (citée au paragraphe 87).

3. *Invocation et incidence de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963*

29. Outre les dispositions pertinentes du Pacte et de la Charte africaine

⁷ En outre, l'article 61 de la Charte africaine précise que la Commission africaine doit

« prend[re] aussi en considération, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, les autres conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats membres de l'Organisation de l'Unité africaine, les pratiques africaines conformes aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et des peuples, les coutumes généralement acceptées comme étant le droit, les principes généraux de droit reconnus par les nations africaines ainsi que la jurisprudence et la doctrine ».

Charter (*supra*), the contending Parties also invoked, throughout the whole proceedings of the present case before the Court, the 1963 Vienna Convention on Consular Relations, and in particular its Article 36 (1) (*b*). Guinea and the DRC thus acknowledged such provisions of those three treaties as conforming the applicable law in the *cas d'espèce*. As for Article 36 (1) (*b*) of the 1963 Vienna Convention, it was Guinea which first invoked and dwelt upon it, at some length, in its Memorial (of 23 March 2001).

30. On the basis of the case law of the ICJ on the matter, Guinea identified, in its Memorial, the *right of the individual* under that provision of the 1963 Vienna Convention (to be informed of consular assistance and to avail himself of it if he so wished), and the corresponding obligations of the States parties (to secure that consular assistance be provided) under that Convention — none of which had in its view been complied with in the present case (paras. 3.11-3.12, 3.30.2, 4.4 and 5.1.1). In its Counter-Memorial (of 27 March 2008), the DRC challenged the submission of Guinea of a breach of Article 36 (1) (*b*) of that Convention, by arguing that “Guinea’s Ambassador in Kinshasa was aware of Mr. Diallo’s arrest and detention in anticipation of his deportation to Conakry” (para. 1.20, and paras. 1.18-1.19 and 1.21-1.23).

31. In its Reply (of 19 November 2008), Guinea contended that “the facts establishing the elements of the violation of the 1963 Vienna Convention” were, in its view, “unquestionable” (para. 1.7). In reiterating, and insisting on, its position (paras. 3.3.1 and 4.1.1), Guinea stated:

“At no time in either 1988-1989 or 1995-1996 was Mr. Diallo, a Guinean national, informed of his rights under Article 36, paragraph 1 (*b*), of the Vienna Convention on Consular Relations. (. . .) The DRC should have read all three sentences in Article 36, paragraph 1 (*b*), of the 1963 Convention. As stated in the third sentence, the competent authorities of the receiving State ‘shall inform the person concerned without delay of his rights under this subparagraph’. This third element cannot be ignored. (. . .) In the present case Zaire therefore bore an obligation under the 1963 Convention to ‘inform the person concerned without delay of his rights’ at the time of his arrest in 1988, and his arrests in 1995 and 1966. This was not done, and it constitutes a further violation of Mr. Diallo’s rights.” (Paras. 1.49 and 1.51-1.53.)

32. In the course of the oral arguments of 19 April 2010 before the Court, Guinea reiterately invoked Article 36 (1) (*b*) of the Vienna Convention on Consular Relations in support of its views⁸. In its turn, the

⁸ CR 2010/1 of 19 April 2010, pp. 27, 31 and 34-36, paras. 3 (v), 18, 24 and 28-29; CR 2010/2 of 19 April 2010, p. 37, para. 7.

(*supra*), les Parties au litige ont également invoqué, tout au long de la procédure devant la Cour, la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963, et en particulier l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de cet instrument. La Guinée et la RDC reconnaissent ainsi que les dispositions mentionnées de ces trois traités représentaient le droit applicable en l'espèce. En ce qui concerne l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne de 1963, c'est la Guinée qui l'a invoqué la première, y consacrant un exposé assez long dans son mémoire (daté du 23 mars 2001).

30. Se fondant sur la jurisprudence de la CIJ en la matière, la Guinée a identifié, dans son mémoire, le *droit de l'individu* garanti par cette disposition de la convention de Vienne de 1963 (droit de l'intéressé d'être informé de l'assistance consulaire et de s'en prévaloir s'il le souhaite) et les obligations correspondantes des Etats parties (de veiller à ce qu'une assistance consulaire soit offerte) aux termes de cette convention — dispositions dont aucune n'avait, selon la Guinée, été respectée dans la présente affaire (par. 3.11-3.12, 3.30.2, 4.4 et 5.1.1). Dans son contre-mémoire (daté du 27 mars 2008), la RDC a contesté la thèse de la Guinée relative à une violation de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de cette convention, en soutenant que «l'ambassadeur guinéen à Kinshasa était au courant de l'arrestation et de la détention de M. Diallo avant son expulsion à Conakry» (par. 1.20 et par. 1.18-1.19 et 1.21-1.23).

31. Dans sa réplique (datée du 19 novembre 2008), la Guinée a soutenu que «les faits constitutifs de la violation de la Convention de Vienne de 1963», ne faisaient, à son avis, «aucun doute» (par. 1.7). Réitérant sa position (par. 3.3.1 et 4.1.1), la Guinée a déclaré :

«A aucun moment, ni en 1988-1989, ni en 1995-1996, M. Diallo, ressortissant guinéen, n'a été informé des droits qui lui sont reconnus par l'article 36, par. 1 *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires ... [L]a RDC aurait dû lire l'article 36, par. 1 *b*), de la Convention de 1963 dans les trois phrases qui le composent. Selon sa troisième phrase, les autorités compétentes de l'Etat de résidence «doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa». Ce troisième élément ne saurait être négligé ... En l'espèce pesait donc sur le Zaïre en vertu de la Convention de 1963 une obligation «d'informer sans retard ... l'intéressé de ses droits», aussi bien d'ailleurs lors de son arrestation de 1988 que lors de celles de 1995 et de 1996. Cela ne fut jamais fait, ce qui constitue une nouvelle violation des droits de M. Diallo.» (Par. 1.49 et 1.51-1.53.)

32. Dans ses plaidoiries du 19 avril 2010 devant la Cour, la Guinée a invoqué à plusieurs reprises, pour étayer sa thèse, l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires⁸.

⁸ CR 2010/1 du 19 avril 2010, p. 27, 31 et 34-36, par. 3 v), 18, 24 et 28-29; CR 2010/2 du 19 avril 2010, p. 37, par. 7.

DRC argued, in the public sitting of 26 April 2010, that there had been no breach on its part of that provision of the 1963 Vienna Convention. In its argument, the DRC pursued the matter from a strict *inter-State* outlook, referring to the contacts (and a letter) between the Ambassador of Guinea in Kinshasa and the authorities of the Congolese Government⁹. The debates between the two contending Parties, by no means ended in respect of the three treaties invoked in general before the Court: they were to continue in relation to the specific rights thereunder that were at stake — which I shall now turn my attention to.

III. THE SAGA OF THE SUBJECT OF THE RIGHTS: CONSIDERATIONS ON THE VINDICATION OF THE PROTECTED RIGHTS

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

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

1. *The Right to Liberty and Security of Person*

(a) *The arrests and detention of 1988-1989*

35. The first right invoked in the present case was Mr. A. S. Diallo's right to liberty and security of person, under Article 9 (1) to (4) of the

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

De son côté, la RDC a soutenu, lors de l'audience du 26 avril 2010, qu'elle n'avait pas violé cette disposition de la convention de Vienne de 1963. Dans son argumentation, la RDC a examiné cette question dans une perspective strictement *interétatique*, en rappelant les contacts (et une lettre) échangés entre l'ambassadeur de Guinée à Kinshasa et les autorités du Gouvernement congolais⁹. Les débats entre les deux Parties ne se sont nullement arrêtés à l'aspect général des trois traités invoqués devant la Cour. Ces débats devaient se poursuivre à propos des droits en cause garantis par ces traités — question sur laquelle je m'arrêterai maintenant.

III. LA SAGA DU SUJET DES DROITS : CONSIDÉRATIONS SUR LA DÉFENSE DES DROITS PROTÉGÉS

33. Les droits individuels défendus dans la présente affaire avaient été prétendument violés dans le cadre de l'arrestation, de la détention et de l'expulsion de M. A. S. Diallo au cours de la période allant de 1988 à 1996. Ces droits comprennent le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne (paragraphe 1 à 4 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies), le droit de n'être expulsé d'un Etat qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi (article 13 du Pacte), le droit de ne pas être soumis à de mauvais traitements (articles 7 et 10 du Pacte), s'ajoutant au droit d'être informé sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière (alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention sur les relations consulaires de 1963).

34. Il est permis de se demander pourquoi ce dernier droit figure au nombre des droits individuels garantis par une convention portant sur les relations consulaires et saluée en 1963 dans une perspective avant tout *interétatique*. J'aborderai cette question dans une section ultérieure de la présente opinion individuelle (VIII, *infra*), où je démontrerai que le droit à l'information sur l'assistance consulaire est un *droit individuel* au sein de l'univers conceptuel des droits de l'homme, afin de préciser ce point et de dissiper tout doute qui pourrait subsister sur la nature du droit à l'information sur l'assistance consulaire. Mais, avant de donner ces précisions, j'examinerai d'abord les droits susmentionnés, un à un, dans les paragraphes qui suivent.

1. *Le droit à la liberté et à la sécurité de la personne*

a) *Les arrestations et la détention de 1988-1989*

35. Le premier droit invoqué dans la présente affaire est le droit de M. A. S. Diallo à la liberté et à la sécurité de sa personne, garanti par les

⁹ CR 2010/3 du 26 avril 2010, p. 26-31, par. 48-49 et 54; voir aussi *ibid.*, p. 18 et 26-30, par. 15, 42-47 et 50-53.

Covenant. The right is asserted in relation to his arrests and detention in the DRC in 1988-1989 and in 1995. The contending Parties did not dispute the fact that Mr. A. S. Diallo was arrested on 25 January 1988, nor did they disagree that he was placed in detention on 27 January 1988, in the Makala prison, and one year later released, on 3 January 1989, due to a Presidential pardon granted to him, after intervention by Guinea's Ambassador¹⁰.

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

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

- “1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as established by law.
2. Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest,

¹⁰ Observations of the Republic of Guinea to the Preliminary Objections of the Democratic Republic of the Congo (hereinafter "Observations of Guinea"), para. 1.41; CR 2006/51, para. 18, Reply of the Republic of Guinea (hereinafter "Reply of Guinea"), para. 1.13-1.16. Following this pardon, the *Procureur Général* at the Prosecutor's Office in Kinshasa closed the case on 28 January 1989 for inexpediency of prosecution; Observations of Guinea *op. cit. supra*, para. 1.43.

¹¹ Reply of Guinea, para. 1.9.

¹² Guinea referred to a letter dated 4 July 1988 signed by Mr. S. Pida Nbagui, Zaire's First State Commissioner, and sent to the President of the Judicial Council of the Republic of Zaire; Reply of Guinea, para. 1.14; Observations of Guinea, Annex 15, *op. cit. supra*, note 10. That letter indicated, added Guinea, that the head of the DRC's Executive Branch alone gave the order for Mr. A. S. Diallo's arrests and incarcerations, in an example of "the most complete commingling of powers"; Reply of Guinea, para. 1.15.

¹³ Rejoinder of the Democratic Republic of the Congo (hereinafter "Rejoinder of the DRC"), para. 1.16. It was therefore — the DRC added — a temporary detention for reasons of judicial investigation. The DRC reproduced the version of the facts set out by the Guinean Embassy in Kinshasa, in a letter to the Guinean Minister of Foreign Affairs in Conakry, dated 3 February 1988; Rejoinder of the DRC, para. 1.14.

¹⁴ *Ibid.*, paras. 1.11 and 1.13.

paragraphes 1 à 4 de l'article 9 du Pacte. Ce droit est affirmé à propos des arrestations et de la détention de M. Diallo en 1988-1989 et en 1995. Les Parties n'ont pas contesté le fait que M. A. S. Diallo ait été arrêté le 25 janvier 1988, ni qu'il avait été placé en détention le 27 janvier 1988 dans la prison de Makala et libéré un an plus tard, le 3 janvier 1989, à la faveur d'un pardon présidentiel accordé par suite d'une intervention de l'ambassadeur de Guinée¹⁰.

36. La Guinée a soutenu que l'arrestation et la détention de M. A. S. Diallo en 1988-1989 étaient arbitraires, étant donné que le seul motif de son incarcération en janvier 1988 était le fait que l'Etat zaïrois avait des dettes considérables envers son entreprise, Africom-Zaïre¹¹. De l'avis de la Guinée, la RDC violait ainsi ses obligations au titre de l'article 9 du Pacte¹². Pour sa part, la RDC a soutenu que «M. Diallo avait été emprisonné en 1988 à la suite d'une enquête judiciaire ouverte par les agents de la loi du bureau du procureur de Kinshasa sur des actes de fraude dont il avait été, à tort ou à raison, accusé»¹³. La RDC n'a pas contesté les allégations de fait de la Guinée concernant l'arrestation et la détention de M. Diallo en 1988-1989, qu'elle considérait plutôt comme une nouvelle prétention¹⁴.

37. Les dispositions du Pacte pertinentes sous l'angle qui nous intéresse maintenant sont celles de l'article 9 (relatif au droit à la liberté et à la sécurité de la personne), qui est ainsi libellé :

- «1. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs, et conformément à la procédure prévus par la loi.
2. Tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation,

¹⁰ Observations de la République de Guinée sur les exceptions préliminaires de la République démocratique du Congo (ci-après «observations de la Guinée»), par. 1.41; procédure orale, CR 2006/51, par. 18; réplique de la République de Guinée (ci-après «réplique de la Guinée»), par. 1.13-1.16. Après le pardon, le procureur général de Kinshasa a clos l'affaire le 28 janvier 1989, pour inopportunité de poursuites; observations de la Guinée, *op. cit. supra*, par. 1.43.

¹¹ Réplique de la Guinée, par. 1.9.

¹² La Guinée s'est reportée à une lettre en date du 4 juillet 1988 signée par M. S. Pida Nbagui, premier commissaire d'Etat, et adressée au président du conseil judiciaire de la République du Zaïre; réplique de la Guinée, par. 1.14; observations de la Guinée, *op. cit. supra* note 10, annexe 15. Cette lettre indiquait, à ajouté la Guinée, que le chef de l'exécutif de la RDC avait seul donné l'ordre de l'arrestation et de l'incarcération de M. A. S. Diallo, ce qui est un exemple de «la plus parfaite confusion des pouvoirs»; réplique de la Guinée, par. 1.15.

¹³ Duplique de la RDC, par. 1.16. Il s'agissait donc, d'après la RDC, d'une détention temporaire pour des raisons d'enquête judiciaire. La RDC a reproduit la version des faits telle qu'exposée par l'ambassade de la Guinée à Kinshasa dans une lettre au ministre guinéen des affaires étrangères à Conakry en date du 3 février 1988; duplique de la RDC, par. 1.14.

¹⁴ *Ibid.*, par. 1.11 et 1.13.

of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.

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

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

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

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

tion, des raisons de cette arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui.

3. Tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré. La détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience, à tous les autres actes de la procédure et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement.
4. Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.
5. Tout individu victime d'arrestation ou de détention illégale a droit à réparation.»

38. S'agissant du premier point à examiner, à savoir s'il y a eu violation par la RDC des conditions d'admissibilité de la privation de liberté (principe de légalité, interdiction de l'arbitraire — paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte), il ressort des éléments de preuve produits en l'affaire que les autorités judiciaires zairoises n'ont délivré en 1988 aucun mandat d'arrêt. Ce fait peut certainement être considéré, à la lumière des dispositions pertinentes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, comme une indication d'arrestation *arbitraire*. Cette interprétation est en effet conforme à la notion d'*arbitraire* inscrite dans le Pacte, que j'examinerai ultérieurement dans cette opinion individuelle (sect. VI, *infra*). De plus, les autorités compétentes n'ont pris aucune décision en ce qui concerne la prolongation de la détention de M. A. S. Diallo avant son procès (détention préventive). Il demeure que M. A. S. Diallo a été détenu pendant un an sans faire l'objet d'aucune procédure judiciaire tendant à l'inculper d'une infraction.

39. La RDC n'a fourni aucun élément de preuve indiquant que M. A. S. Diallo aurait été arrêté et incarcéré, ainsi qu'elle le prétendait, dans le cadre d'une véritable enquête judiciaire ouverte à son encontre pour de prétendus actes de fraude. A cet égard, le Comité des droits de l'homme a déclaré que l'arrestation et la détention sans accusation constituaient une violation du paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte¹⁵. Rien n'indique que M. Diallo ait été accusé d'une infraction à quelque moment que ce soit. En l'absence de toute information pertinente provenant de l'Etat partie, il peut

¹⁵ Nations Unies, Comité des droits de l'homme (CDH), *Titiahonjo c. Cameroun*, 2007, n° 1186/2003, par. 6.5; *Monja Jaona c. Madagascar*, 1985, n° 132/1982, par. 14; *Mpan-danjila c. République démocratique du Congo*, 1986, n° 138/1983, par. 10.

— that Mr. A. S. Diallo's deprivation of liberty was *arbitrary* and in violation of Article 9 (1) of the Covenant.

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

41. The DRC, on its part, acknowledged that Mr. A. S. Diallo was brought to the office of the Judicial Inspector, who told him that his arrest was related to the Prime Minister’s press release (about his being accused of fraud)¹⁸. It thus appears established that a press release of the Prime Minister accused Mr. A. S. Diallo of fraud¹⁹, and that this accusation was made public on radio and television channels on 20 January 1988, as well as by the press²⁰. There is no evidence that, at the moment of Mr. A. S. Diallo’s arrest, Congolese authorities informed him of the reasons for his arrest, nor is there any evidence that they informed him of the charges against him.

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

¹⁶ Guinea provided documentary evidence of a transcript by Mr. A. S. Diallo, drawn up on 29 October 2008 by two process servers for the courts and tribunals of Conakry, where Mr. A. S. Diallo stated: “[T]hey did not show me a document of any kind authorizing my arrest, nor did they explain why I was being arrested”, Reply of Guinea, Annex 1, answer to question 3.

¹⁷ *Ibid.*, Vol. II, p. 6.

¹⁸ Rejoinder of the DRC, para. 1.22.

¹⁹ *Ibid.*, para. 1.22; CR 2010/1 of 19 April 2010, p. 28.

²⁰ Letter sent to the Guinean Minister for Foreign Affairs in Conakry, dated 3 February 1988. The DRC referred to a letter dated 3 February 1988 from Mr. Lounçeny Kouyate (CR 2010/3 of 26 April 2010, pp. 16-17), Counsel at the Guinean Embassy in Conakry, in support of its contention that Mr. A. S. Diallo and Guinea itself were aware of the accusations against Mr. A. S. Diallo; Observations of Guinea, cf. note 10 *supra*, pp. 17-18.

²¹ HRC, *Adolfo Drescher Caldas v. Uruguay*, case No. 43/1979, 21 July 1983, paras. 13.2 and 14.

être conclu — ce que la Cour a d'ailleurs fait (par. 79) à bon droit — que la privation de liberté de M. A. S. Diallo était *arbitraire* et violait le paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte.

40. S'agissant maintenant du droit (de la personne arrêtée ou détenue) d'être informée des raisons de son arrestation ou de sa détention et des accusations portées contre elle (paragraphe 2 de l'article 9 du Pacte), la Guinée a prétendu que M. A. S. Diallo n'avait jamais été informé de façon précise de la nature de l'infraction alléguée ni des dispositions en vertu desquelles il était accusé¹⁶. Selon la Guinée, la *seule* information fournie à M. A. S. Diallo par l'autorité judiciaire devant laquelle il avait été amené au cours de sa détention était que son arrestation était « liée au communiqué du premier ministre »¹⁷. En conséquence, outre le communiqué du premier ministre, l'autorité judiciaire n'avait produit aucun dossier ni aucune accusation pour indiquer à M. A. S. Diallo ce qui autorisait son arrestation et son incarcération.

41. La RDC, pour sa part, a reconnu que M. A. S. Diallo avait été traduit devant l'inspecteur judiciaire, qui lui avait dit que son arrestation était liée au communiqué de presse du premier ministre (selon lequel il était accusé de fraude)¹⁸. Il semble donc établi qu'un communiqué de presse du premier ministre accusait M. A. S. Diallo de fraude¹⁹ et que cette accusation avait été rendue publique à la radio et à la télévision le 20 janvier 1988, de même que dans la presse²⁰. Rien n'indique en revanche que, au moment de l'arrestation de M. A. S. Diallo, les autorités congolaises aient informé celui-ci des raisons de son arrestation ou des accusations portées contre lui.

42. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a, pour sa part, déclaré que l'obligation résultant du Pacte n'était pas de pure forme. Non seulement l'intéressé doit-il être informé au moment de son arrestation, mais l'information qui lui est fournie doit être suffisamment précise²¹ pour qu'il connaisse exactement la raison de son arrestation. En effet, le Comité a déclaré que,

¹⁶ La Guinée a présenté la preuve documentaire d'une déposition de M. A. S. Diallo, établie le 29 octobre 2008 par deux huissiers des cours et tribunaux de Conakry, où M. Diallo déclarait : « [I]ls ne m'ont montré aucun document autorisant mon arrestation et ne m'ont pas expliqué pourquoi j'étais arrêté » ; réplique de la Guinée, annexe 1, réponse à la question 3.

¹⁷ *Ibid.*, vol. II, p. 6.

¹⁸ Duplique de la RDC, par. 1.22.

¹⁹ *Ibid.*, par. 1.22, et CR 2010/1 du 19 avril 2010, p. 28.

²⁰ Lettre adressée au ministre guinéen des affaires étrangères à Conakry, en date du 3 février 1988. La RDC s'est référée à une lettre en date du 3 février 1988 de M. Lounceny Kouyate (CR 2010/3 du 26 avril 2010, p. 16-17), conseil à l'ambassade guinéenne à Conakry, pour étayer sa prétention selon laquelle M. A. S. Diallo et la Guinée elle-même connaissaient les accusations portées contre M. Diallo ; observations de la Guinée, *op. cit. supra* note 10, p. 17-18.

²¹ CDH, *Adolfo Drescher Caldas c. Uruguay*, 21 juillet 1983, n° 43/1979, par. 13.2 et 14.

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

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

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

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

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

«en vertu du paragraphe 2 de l'article 9 du Pacte, toute personne arrêtée doit être informée dans une mesure suffisante des raisons de son arrestation afin de pouvoir prendre immédiatement des dispositions pour obtenir sa libération si elle considère que les raisons avancées sont nulles et non avenues ou mal fondées. De l'avis du Comité, il ne suffisait pas d'informer simplement Adolfo Drescher Caldas qu'il était arrêté en vertu des mesures urgentes de sécurité sans préciser en rien ce qui lui était reproché quant au fond.»

Dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, en l'absence d'informations pertinentes et précises émanant de la RDC, l'arrestation et la détention de M. A. S. Diallo en 1988 constituaient une violation du paragraphe 2 de l'article 9 du Pacte.

43. S'agissant du point suivant, à savoir les droits des personnes placées en détention et en détention préventive, il convient de rappeler que le paragraphe 3 de l'article 9 du Pacte — déjà cité — stipule que «[t]out individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré»; il est également indiqué dans cet article que «[l]a détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience ... et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement».

44. Que signifient les mots «dans le plus court délai» utilisés dans cette disposition? Le sens de cette expression n'est pas précisé dans le Pacte, ni d'ailleurs dans les dispositions correspondantes de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (paragraphe 3 de l'article 5) ou dans la convention américaine des droits de l'homme (paragraphe 5 de l'article 7), ce qui a donné lieu à une jurisprudence considérable. Cependant, le Comité des droits de l'homme, dans son observation générale n° 8 (de 1982) sur l'article 9, a souligné que ce délai ne pouvait en aucun cas dépasser «quelques jours» (par. 2)²². En ce qui concerne la manière d'interpréter la prescription selon laquelle l'intéressé doit être traduit devant un juge ou un autre responsable de la loi «autorisé par la loi à exercer le pouvoir judiciaire», on se rappellera les critères élaborés par la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Schiesser c. Suisse* (1979, en vertu du paragraphe 3 de l'article 5 de la convention (européenne) de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) pour l'interprétation de cette disposition (par. 30). Les conditions à remplir sont les suivantes :

²² Voir *Fillastre et Bizouarn c. Bolivie*, n° 336/1988, et aussi, dans le même sens, *McLawrence c. Jamaïque*, n° 702/1996, et *Kurbanov c. Tadjikistan*, n° 1096/2002.

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

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

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

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

46. It should not pass unnoticed that the Covenant regards pre-trial detention, not surprisingly, as an exceptional measure. In the *cas d'espèce*, it is not disputed that Mr. A. S. Diallo was taken on 25 January 1988, the day of his arrest, to the office of the Judicial Inspector, where he was told by the Inspector that his arrest was related to the First State Commissioner's press release. However, Guinea considered that the Judicial Inspector assigned to the Prosecutor's Office, before which Mr. A. S. Diallo was brought, could not be characterized as an officer authorized by law within the meaning of Article 9 (3) of the Covenant²⁵. Guinea added that the aforementioned judicial inspector was obeying the direct orders of the First State Commissioner²⁶.

47. The DRC asserted that the Covenant does not state that the authority referred to must be independent of the Executive²⁷. However, the DRC has not provided any evidence of a written arrest warrant or a minute of the first interrogation. Neither was Mr. A. S. Diallo brought before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power, according to the obligation set out in Article 9 (3) of the Covenant, under which anyone arrested or detained on a criminal charge must be brought promptly before a judge or another officer authorized by law

²³ HRC No. 521/1992.

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

²⁵ CR 2010/1 of 19 April 2010, paras. 16-17; Reply of Guinea, p. 13, para. 1.24.

²⁶ Reply of Guinea, para. 1.24.

²⁷ Rejoinder of the DRC, para. 1.26.

«La première d'entre elles réside dans l'indépendance à l'égard de l'exécutif ... A cela s'ajoutent ... l'obligation d'entendre personnellement l'individu traduit devant lui [et] d'examiner les circonstances qui militent pour ou contre la détention, de se prononcer ... sur l'existence de raisons la justifiant et, en leur absence, d'ordonner l'élargissement.»

45. Cette jurisprudence a été confirmée par le Comité des droits de l'homme en l'affaire *Kulomin c. Hongrie* (1996), à l'occasion de laquelle le Comité a offert les réflexions suivantes :

«[U]n élément inhérent au bon exercice du pouvoir judiciaire est qu'il doit être assuré par une autorité indépendante, objective et impartiale par rapport aux questions à traiter.»²³

Dans les circonstances de l'affaire *Kulomin c. Hongrie*, le Comité n'était pas convaincu que le procureur puisse être réputé avoir l'objectivité et l'impartialité institutionnelles nécessaires pour être considéré comme un responsable autorisé à exercer le pouvoir judiciaire au sens du paragraphe 3 de l'article 9 du Pacte. Selon cette disposition, en effet, la détention préventive ne peut devenir la règle générale, doit être limitée à des raisons essentielles²⁴ et doit de toute manière être aussi courte que possible.

46. Il convient également de rappeler que selon le Pacte — ce qui n'est guère étonnant — la détention préventive est considérée comme une mesure d'exception. En l'espèce, il n'est pas contesté que M. A. S. Diallo a été traduit le 25 janvier 1988, jour de son arrestation, devant l'inspecteur judiciaire, qui l'a informé que son arrestation était liée au communiqué de presse du premier commissaire d'Etat. Cependant, la Guinée a considéré que l'inspecteur judiciaire assigné au bureau du procureur, devant lequel M. A. S. Diallo a été traduit, ne pouvait être considéré comme un responsable autorisé par la loi à exercer des fonctions judiciaires, au sens du paragraphe 3 de l'article 9 du Pacte²⁵. La Guinée a ajouté que l'inspecteur judiciaire en question obéissait directement à un ordre du premier commissaire d'Etat²⁶.

47. La RDC a affirmé que le Pacte ne précisait pas que l'autorité devant laquelle la personne en détention devait être déférée devait être indépendante de l'exécutif²⁷. Cependant, la RDC n'a fourni aucun élément de preuve d'un mandat d'arrêt écrit ni d'un procès-verbal du premier interrogatoire. M. A. S. Diallo n'a pas non plus été traduit devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, conformément à l'obligation prescrite au paragraphe 3 de l'article 9 du Pacte, qui stipule que tout individu arrêté ou détenu du chef

²³ CDH, n° 521/1992.

²⁴ Comme le danger de suppression de preuves, de répétition d'infraction ou de fuite.

²⁵ CR 2010/1 du 19 avril 2010, par. 16-17; réplique de la Guinée, p. 13, par. 1.24.

²⁶ Réplique de la Guinée, par. 1.24.

²⁷ Duplique de la RDC, par. 1.26.

to exercise judicial power. During his entire stay in the prison of Makala (from 27 January 1988 to 3 January 1989), Mr. A. S. Diallo did not see any judge²⁸. Therefore, it so appears that the DRC has incurred into a breach of Article 9 (3) of the Covenant.

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

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

(b) *The arrests and detention of 1995-1996*

50. The contending Parties agreed that Mr. A. S. Diallo was arrested and detained more than once in late 1995 and early 1996, but that was as far as they did agree³¹. They disagreed on the duration of the periods in detention (cf. *infra*)³². Guinea maintained that Mr. A. S. Diallo was placed in detention on 5 November 1995 and that he remained impris-

²⁸ CR 2010/1 of 19 April 2010, para. 17.

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

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

³¹ Reply of Guinea, para. 1.29; Counter-Memorial of the DRC, pp. 11-12, paras. 1.09-1.11; CR 2006/50 of 27 November 2006, pp. 39-40, paras. 89-92.

³² The Congolese legislative order of 12 September 1983 provided for an eight-day statutory limit on detention.

d'une infraction pénale doit être traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires. Pendant tout son séjour à la prison de Makala (du 27 janvier 1988 au 3 janvier 1989), M. A. S. Diallo n'a vu aucun juge²⁸. Par conséquent, il semble que la RDC ait violé le paragraphe 3 de l'article 9 du Pacte.

48. Il y a lieu de se demander ensuite si la RDC a violé le droit (d'un individu arrêté ou détenu) à l'*habeas corpus* (paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte)²⁹. Ce droit à l'examen sans délai de la légalité de la détention existe indépendamment de la légalité de la privation de liberté. Le Comité des droits de l'homme a déclaré que tout individu privé de liberté devait avoir accès à un avocat³⁰. Dans le cas présent, aucun mandat d'arrêt n'a été présenté à M. A. S. Diallo lorsqu'il a été placé en détention et il n'a donc pas eu la possibilité d'obtenir une décision sur la légalité de sa détention. Par conséquent, la RDC a, apparemment, violé également le paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte.

49. Ainsi qu'on peut le voir d'après l'exposé qui précède, les Parties au litige — à la différence de la Cour — ont pris en compte l'article 9 du Pacte *dans son ensemble*, comme il se doit. J'ai moi aussi pris en compte l'article 9 du Pacte *dans son ensemble*, comme il se doit dans les circonstances de la présente affaire. Cependant, la Cour n'a pris en compte que les paragraphes 1 et 2 de l'article 9, étant donné que les arguments concernant les paragraphes 3 et 4 de l'article 9 concernaient les arrestations et la détention de M. A. S. Diallo en 1988-1989, que la Cour a exclues de son examen en l'espèce. Étant donné que j'ai exprimé ma dissension sur cette partie de la décision de la Cour (qui correspond au point 1 du dispositif), je considère de mon devoir d'exposer ma position sur la violation de l'article 9 du Pacte *dans son ensemble*.

b) *Les arrestations et la détention de 1995-1996*

50. Les Parties sont convenues que M. A. S. Diallo a été arrêté et détenu plus d'une fois à la fin de 1995 et au début de 1996, mais leur accord s'est arrêté là³¹. Elles étaient en désaccord sur la durée des périodes de détention (voir *infra*)³². Selon la Guinée, M. A. S. Diallo avait été placé en détention le 5 novembre 1995 et était demeuré emprisonné d'abord pendant deux mois,

²⁸ CR 2010/1 du 19 avril 2010, par. 17.

²⁹ Selon la Guinée, M. A. S. Diallo n'a pas eu la possibilité d'engager une procédure pour obtenir une décision sur la légalité de sa détention; réplique de la Guinée, p. 14. Selon la RDC, la Guinée n'a produit aucun élément de preuve indiquant que M. A. S. Diallo ait été empêché par la RDC d'engager une telle procédure; duplicque de la RDC, par. 1.34.

³⁰ CDH, *Berry c. Jamaïque*, 1994, n° 330/1988, par. 11.1.

³¹ Réplique de la Guinée, par. 1.29; contre-mémoire de la RDC, p. 11-12, par. 1.09-1.11; CR 2006/50 du 27 novembre 2006, p. 39-40, par. 89-92.

³² L'ordonnance-loi congolaise du 12 septembre 1983 prévoit une limite statutaire de huit jours de détention.

oned first for two months, before being released on 10 January 1996, “further to intervention by the [Zairean] President himself”³³. Mr. A. S. Diallo was, according to Guinea, then rearrested and imprisoned for two more weeks before being expelled³⁴. Mr. A. S. Diallo is thus said to have been detained for 75 days in all³⁵.

51. The DRC, in dismissing these allegations by Guinea, argued that the duration and conditions of Mr. A. S. Diallo’s detention during the expulsion process were in conformity with Zairean law; in particular, it contended that the statutory maximum of eight days’ detention was not exceeded. According to the DRC, Mr. A. S. Diallo was arrested on 5 November 1995 and then released two days later³⁶. At a date not provided by the DRC (but allegedly within eight days before 10 January 1996), Mr. A. S. Diallo was rearrested with a view to expulsion, and then he was released on 10 January 1996 because the Government had been unable to find an aircraft leaving for Conakry within the statutory period of no more than eight days of detention³⁷. The DRC claimed at last that Mr. A. S. Diallo was under arrest in Kinshasa on 25 January 1996 (six days at least before being expelled), but it did not say since when³⁸.

52. It so appears that the Respondent State did not provide evidence for all its assertions. In this regard, the only proven facts, not contested by the contending Parties, are the fact that Mr. A. S. Diallo was *arrested on 5 November 1995*³⁹, as well as *his release on 10 January 1996*⁴⁰. However, the DRC did not prove its assertion that he was released in between those dates; nor did it specify exactly when was Mr. A. S. Diallo incarcerated after 10 January 1996, before he was deported⁴¹.

53. Article 9 of the Covenant on Civil and Political Rights refers, in

³³ Memorial of the Republic of Guinea (hereinafter Memorial of Guinea), para. 2.63.

³⁴ Reply of Guinea, para. 1.40.

³⁵ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 591, para. 17; Memorial of Guinea, para. 2.64. Guinea relied on the documentary evidence of *Avocats sans Frontières* (press release) and an article from the Kinshasa *Business and News*. An article in the Guinean daily newspaper *Horoya* (edition of 6 August 1996) which echoed the Zairean weekly *L’Ouragan* (edition of 31 January 1996) was also cited by Guinea. Cf. Memorial of Guinea, Annexes 190, 193 and 206, respectively.

³⁶ Counter-Memorial of the DRC, para. 1.10, and Annex 7.

³⁷ *Ibid.*, para. 1.11.

³⁸ *Ibid.*, para. 1.21.

³⁹ *Ibid.*, para. 1.10, and Annex 7: committal note (*billet d’écrou*); in such handwritten committal note it can be read that it was said: “*Sieur Diallo est détenu à la permanence jusqu’à son expulsion du Zaïre.*”

⁴⁰ Reply of Guinea, para. 1.32; Memorial of Guinea, Annex 194.

⁴¹ The Respondent State simply gave two clues: the first was the reference to “several days” after 10 January 1996, and the second was its own statement that on 25 January 1996 Mr. A. S. Diallo was “still in detention in Kinshasa six days before being expelled”; cf. Counter-Memorial of the DRC, p. 12, para. 1.11, and p. 16, para. 1.21.

avant d'être libéré le 10 janvier 1996 «par suite d'une intervention du président [zaïrois] lui-même»³³. M. A. S. Diallo avait alors, selon la Guinée, été arrêté de nouveau et emprisonné pendant deux semaines encore avant d'être expulsé³⁴. M. A. S. Diallo aurait donc été maintenu en détention pendant 75 jours au total³⁵.

51. Rejetant ces allégations de la Guinée, la RDC a soutenu que la durée et les conditions de la détention de M. A. S. Diallo au cours de la procédure d'expulsion étaient conformes au droit zaïrois; en particulier, elle a soutenu que la durée maximale statutaire de détention de huit jours n'avait pas été dépassée. Selon la RDC, M. A. S. Diallo a été arrêté le 5 novembre 1995 et libéré deux jours plus tard³⁶. A une date non précisée par la RDC (mais, selon les allégations, dans les huit jours précédant le 10 janvier 1996), M. A. S. Diallo a été arrêté à nouveau en vue d'être expulsé, puis libéré le 10 janvier 1996, le gouvernement n'ayant pu trouver un avion en partance de Conakry dans le délai légal de huit jours suivant sa mise en détention³⁷. La RDC a soutenu enfin que M. A. S. Diallo était en état d'arrestation à Kinshasa le 25 janvier 1996 (six jours au moins avant d'être expulsé), mais elle n'a pas précisé depuis combien de temps³⁸.

52. Il apparaît donc que l'Etat défendeur n'a pas fourni d'éléments de preuve de toutes ses assertions. A cet égard, les seuls faits prouvés, et non contestés par les Parties, sont le fait que M. A. S. Diallo a été *arrêté le 5 novembre 1995*³⁹ et *libéré le 10 janvier 1996*⁴⁰. Cependant, la RDC n'a pas prouvé son assertion selon laquelle M. Diallo avait été libéré entre ces deux dates; elle n'a pas non plus spécifié exactement quand M. Diallo avait été incarcéré après le 10 janvier 1996, avant d'être expulsé⁴¹.

53. L'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politi-

³³ Mémoire de la République de Guinée (ci-après «mémoire de la Guinée»), par. 2.63.

³⁴ Réplique de la Guinée, par. 1.40.

³⁵ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 591, par. 17; mémoire de la Guinée, par. 2.64. La Guinée s'est appuyée sur la preuve documentaire de l'organisme Avocats sans frontières (communiqué de presse) et sur un article du *Business and News* de Kinshasa. Un article paru dans le quotidien guinéen *Horoya* (édition du 6 août 1996) — faisant écho à l'hebdomadaire zaïrois *L'Ouragan* (édition du 31 janvier 1996) — a également été cité par la Guinée. Voir mémoire de la Guinée, annexes 190, 193 et 206 respectivement.

³⁶ Contre-mémoire de la RDC, par. 1.10 et annexe 7.

³⁷ *Ibid.*, par. 1.11.

³⁸ *Ibid.*, par. 1.21.

³⁹ *Ibid.*, par. 1.10 et annexe 7: billet d'écrou; on peut lire dans ce billet d'écrou ce qui suit: «Sieur Diallo est détenu à la permanence jusqu'à son expulsion du Zaïre.»

⁴⁰ Réplique de la Guinée, par. 1.32; mémoire de la Guinée, annexe 194.

⁴¹ L'Etat défendeur a simplement donné deux indices: le premier est la mention de «quelques jours» après le 10 janvier 1996, et le second est sa propre déclaration selon laquelle, le 25 janvier 1996, M. A. S. Diallo était «toujours détenu à Kinshasa six jours avant d'être expulsé»; contre-mémoire de la RDC, p. 12, par. 1.11, et p. 16, par. 1.21.

general terms, to *every* type of deprivation of liberty⁴², whether pursuant to a judicial investigation, or following an administrative decision. Article 9 of the Covenant thus applies to the arrests and detentions of Mr. A. S. Diallo in 1995-1996. Article 9 (1) of the Covenant provides that any deprivation of liberty can only be effected in accordance with a procedure established by law. In the present case, the DRC did not produce any evidence that Mr. Diallo was likely to evade decisions taken by Zairean authorities and flee away. Nor did it produce any evidence that Mr. A. S. Diallo was released between 5 November 1995 and 10 January 1996. Nor did it provide the decisions extending the detention beyond the first 48 hours⁴³. In any event, the periods of arrests altogether exceeded the statutory period of eight days⁴⁴.

54. Moreover, the DRC did not explain why, or whether, it was “absolutely necessary” to incarcerate again Mr. A. S. Diallo on 17 January 1996⁴⁵; nor did it ever demonstrate that it was absolutely necessary to extend Mr. A. S. Diallo’s detention. In conclusion, Mr. A. S. Diallo’s arrest and detention in 1995-1996 appears, in the light of the aforementioned, arbitrary and unlawful, and thus in breach of Article 9 (1) of the CCPR, as the Court rightly concluded (Judgment, para. 79).

55. Next, as to Article 9 (2) of the Covenant, in the present case Mr. A. S. Diallo was neither informed of the reasons for the arrests nor promptly informed of the charges against him. He was not even informed of the adoption of the decree of 31 October 1995⁴⁶. The DRC itself admits that, between 31 October 1995, when the expulsion decree was adopted, and 31 January 1996, when Mr. A. S. Diallo was actually deported, he did not know that there was already an expulsion order against him⁴⁷. It thus appears that, by not informing Mr. A. S. Diallo of the reasons for his arrests and detentions in 1995-1996, the DRC incurred in breach of Article 9 (2) of the Covenant, as the Court rightly determined (Judgment, para. 82).

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

⁴³ Reply of Guinea, para. 1.46. If Mr. Diallo was released on 10 January 1996, he would have been arrested on 2 January 1996, but there was no proof that he was freed before 2 January 1996.

⁴⁴ There is some contradiction in the arguments of the DRC: it stated that he was released on 10 January 1996 because the Government had been unable to find an aircraft leaving for Conakry, within the statutory period of no more than eight days of detention, pending expulsion from the Congo; Counter-Memorial of the DRC, para. 1.11. However, the only document produced, dated 10 January 1996, stated that Mr. A. S. Diallo had been released “for inquiries”; Memorial of Guinea, Annex 194. Inaccuracies of the kind make the Respondent State’s argument appear vague and without foundation.

⁴⁵ Reply of Guinea, para. 1.40; and Annex 1, answers to question 22.

⁴⁶ *Ibid.*, para. 1.48; and Annex 1, answers to questions 15, 20 and 26.

⁴⁷ CR 2006/52 of 29 November 2006, pp. 19-20, para. 10.

ques parle, de façon générale, de *tout* type de privation de liberté⁴², qu'elle soit la conséquence d'une enquête judiciaire ou d'une décision administrative. L'article 9 du Pacte s'applique donc aux arrestations et aux détentions de M. A. S. Diallo en 1995-1996. Le paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte stipule que nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est conformément à la procédure prévue par la loi. Dans la présente affaire, la RDC n'a présenté aucune preuve que M. Diallo pouvait se soustraire aux décisions des autorités zairoises et s'enfuir. Elle n'a pas non plus produit de preuve que M. A. S. Diallo avait été libéré entre le 5 novembre 1995 et le 10 janvier 1996. Elle n'a pas davantage présenté de décision de prorogation de la détention au-delà des 48 premières heures⁴³. Quoi qu'il en soit, les périodes d'arrestation, prises ensemble, ont dépassé la période statutaire de huit jours⁴⁴.

54. En outre, la RDC n'a pas expliqué pourquoi ni s'il était «absolument nécessaire» d'incarcérer de nouveau M. A. S. Diallo le 17 janvier 1996⁴⁵; elle n'a jamais démontré non plus qu'il était absolument nécessaire de prolonger la détention de M. A. S. Diallo. En conclusion, l'arrestation et la détention de M. A. S. Diallo en 1995-1996 semblent, à la lumière des faits susmentionnés, arbitraires et illégales, et donc contraires au paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, comme la Cour l'a d'ailleurs justement conclu (arrêt, par. 79).

55. Par ailleurs, en ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 9 du Pacte, M. A. S. Diallo n'a été ni informé des raisons de son arrestation ni informé dans le plus court délai des accusations portées contre lui. Il n'a même pas été informé de l'adoption du décret du 31 octobre 1995⁴⁶. La RDC reconnaît elle-même qu'entre le 31 octobre 1995, date d'adoption du décret d'expulsion, et le 31 janvier 1996, date de l'expulsion effective de M. Diallo, celui-ci ignorait qu'un décret d'expulsion avait déjà été pris contre lui⁴⁷. Ainsi, en n'informant pas M. A. S. Diallo des raisons de son arrestation et de sa détention en 1995-1996, la RDC a violé le paragraphe 2 de l'article 9 du Pacte, ce que la Cour a établi, à juste titre (arrêt, par. 82).

⁴² Voir le texte reproduit au paragraphe 35 *supra*.

⁴³ Réplique de la Guinée, par. 1.46. Si M. Diallo avait été libéré le 10 janvier 1996, il aurait été arrêté le 2 janvier 1996, mais il n'y a aucune preuve qu'il ait été libéré avant le 2 janvier 1996.

⁴⁴ L'argumentation de la RDC est quelque peu contradictoire : elle a déclaré qu'il avait été libéré le 10 janvier 1996 parce que le gouvernement avait été incapable de trouver un avion en partance pour Conakry dans la période statutaire maximale de huit jours de détention; contre-mémoire de la RDC, par. 1.11. Cependant, le seul document produit, daté du 10 janvier 1996, indique que M. A. S. Diallo avait été libéré «pour raisons d'enquête»; mémoire de la Guinée, annexe 194. Des inexactitudes de cette nature font paraître l'argumentation de l'Etat défendeur vague et sans fondement.

⁴⁵ Réplique de la Guinée, par. 1.40 et annexe 1, réponse à la question 22.

⁴⁶ *Ibid.*, par. 1.48 et annexe 1, réponses aux questions 15, 20 et 26.

⁴⁷ CR 2006/52 du 29 novembre 2006, p. 19-20, par. 10.

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

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

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

57. In the present case, the fact was not disputed that, on 31 October 1995, the Prime Minister of Zaire issued an expulsion order against Mr. A. S. Diallo⁴⁸, with the following reason: Mr. A. S. Diallo's “presence and conduct have breached public order in Zaire, especially in the economic, financial and monetary areas, and continue to do so”⁴⁹. It was also common ground between the contending Parties that, on 5 November 1995, Mr. A. S. Diallo was placed under arrest with a view to his deportation. However, the Parties contested each other's arguments as regards the duration and conditions of the periods of arrest⁵⁰ (cf. *supra*), as well as in respect of the facts related to the specific circumstances of Mr. A. S. Diallo's arrest, detention and expulsion (cf. *supra*).

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

59. There are two different phases in the expulsion of Mr. A. S. Diallo: first, the expulsion decree of 31 October 1995; and secondly, the notice of refusal of entry of 31 January 1996. As for the grounds for expulsion, the lack of statement of reasons (in the legal sense of the term)

⁴⁸ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, pp. 590-591, paras. 15-16.

⁴⁹ Counter-Memorial of the DRC, Annex 5 (Decree No. 0043 of 31 October 1995, on deportation of Mr. A. S. Diallo).

⁵⁰ Reply of Guinea, para. 1.31.

2. *Le droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique*

56. Un autre droit défendu dans le cadre de cette affaire est le droit de n'être expulsé d'un Etat qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi, droit énoncé à l'article 13 du Pacte, ainsi libellé :

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

57. Dans la présente affaire, il n'a pas été contesté que, le 31 octobre 1995, le premier ministre du Zaïre a pris un décret d'expulsion contre M. A. S. Diallo⁴⁸, dont la motivation était ainsi libellée : «la présence et la conduite [de M. Diallo] ont compromis et continuent à compromettre l'ordre public zaïrois, spécialement en matière économique, financière et monétaire»⁴⁹. Les Parties étaient également convenues que, le 5 novembre 1995, M. A. S. Diallo avait été placé en état d'arrestation en vue d'être expulsé. Cependant, les Parties ont contesté leurs arguments respectifs en ce qui concerne la durée et les conditions des périodes de détention⁵⁰ (voir *supra*), ainsi qu'en ce qui concerne les faits liés aux circonstances particulières de l'arrestation, de la détention et de l'expulsion de M. A. S. Diallo (voir *supra*).

58. La Guinée a prétendu que l'expulsion de M. A. S. Diallo était contraire à certaines règles internationales et internes encadrant le pouvoir d'expulsion, à savoir : *a*) l'Etat défendeur n'a pas respecté l'obligation de fournir les motifs de l'expulsion ; *b*) les règles juridictionnelles, formelles et procédurales ont été délibérément méconnues ; *c*) la procédure de refoulement a été intentionnellement et arbitrairement utilisée à mauvais escient pour effectuer une expulsion ; et enfin, *d*) M. A. S. Diallo n'a jamais eu la possibilité de faire valoir les raisons qui militaient contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente. Tous ces éléments indiquent que la mesure prise à l'encontre de M. Diallo était tout à fait arbitraire.

59. L'expulsion de M. A. S. Diallo s'est donc déroulée en deux étapes : premièrement, le décret d'expulsion du 31 octobre 1995 ; deuxièmement, l'avis de refoulement du 31 janvier 1996. Quant aux motifs de l'expulsion, du fait qu'ils n'ont pas été spécifiés (au sens juridique du terme), le décret

⁴⁸ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 590-591, par. 15-16.

⁴⁹ Contre-mémoire de la RDC, annexe 5 (décret n° 0043 du 31 octobre 1995 portant expulsion de M. A. S. Diallo).

⁵⁰ Réplique de la Guinée, par. 1.31.

makes the decree of expulsion vague. In this respect, the African Commission on Human and Peoples' Rights found, in the case of *Amnesty International and Others v. Sudan* (1999), that:

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

60. As already pointed out, Mr. A. S. Diallo was neither informed of the reasons for the arrests nor promptly informed of the charges against him; he was not even informed of the adoption of the 31 October 1995 decree for his deportation⁵². This fact has been admitted by the DRC⁵³. For that reason, Mr. A. S. Diallo could not submit any reason against the expulsion, nor could he have had his case reviewed by the competent authority, as provided for by Article 13 of the Covenant. The decree of expulsion was thus not in conformity with Article 13 of the Covenant.

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

62. Article 13 of the Covenant states that the individual subject to expulsion must be “allowed to submit the reasons against his expulsion”.

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

⁵² Reply of Guinea, para. 1.48 and Annex 1, answers to questions 15, 20 and 26.

⁵³ CR 2006/52 of 29 November 2006, pp. 19-20, para. 10.

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

⁵⁵ On this point, cf. also: European Court of Human Rights (ECHR), judgment of 5 October 2006, case *Bolat v. Russia* (Application 14139/03), para. 79; ECHR, judgment of 12 February 2009, case *Nolan and K. v. Russia* (Application 2512/04), para. 112. And cf. also UN/International Law Commission (ILC), *Memorandum Prepared by the Secretariat — Expulsion of Aliens*, doc. A/CN.4/565, of 10 July 2006, p. 58, para. 67.

d'expulsion est demeuré vague. A cet égard, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a fait, en l'affaire *Amnesty International et autres c. Soudan* (1999), les constatations suivantes :

« Il ne suffit pas qu'une arrestation soit effectuée en vertu d'une disposition de la loi pour satisfaire aux exigences de l'article 6 : la loi doit respecter les normes acceptées. Ainsi, un décret permettant l'arrestation pour des raisons vagues ou sur des soupçons plutôt que sur des faits avérés n'était pas conforme à la Charte africaine [des droits de l'homme et des peuples]. »⁵¹

60. Comme il a déjà été indiqué, M. A. S. Diallo n'a été informé ni des raisons de son arrestation ni des accusations portées contre lui dans le plus court délai ; il n'a même pas été informé de l'adoption, le 31 octobre 1995, d'un décret d'expulsion le concernant⁵². Ce fait a été reconnu par la RDC⁵³. Pour cette raison, M. A. S. Diallo n'a pu ni opposer des raisons à son expulsion ni demander l'examen de son cas par l'autorité compétente, ainsi qu'il est prévu à l'article 13 du Pacte. Le décret d'expulsion n'était donc pas conforme à cet article.

61. De plus, les Parties au litige étaient en désaccord sur la forme d'expulsion appliquée à M. A. S. Diallo. La RDC a reconnu que M. Diallo avait effectivement été expulsé et que l'avis signé par l'agent de l'immigration faisait « par inadvertance » état de « refoulement » (plutôt que d'« expulsion »). Pour sa part, la Guinée a soutenu que M. A. S. Diallo avait été victime de « refoulement »⁵⁴. Il convient peut-être ici de rappeler que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dans son observation générale n° 15 de 1986 sur *La situation des étrangers* au regard du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, indiquait clairement que la garantie de l'article 13 du Pacte concernait toutes les formes de « départ obligatoire » d'étrangers, quel que soit le terme utilisé pour décrire cette situation dans le droit interne⁵⁵ (voir *infra*). En conséquence, même si l'article 13 utilise le terme « expulsion », il s'applique également au refoulement de M. A. S. Diallo.

62. L'article 13 du Pacte stipule que la personne victime d'expulsion doit être « autorisée à opposer des raisons à son expulsion ». En outre, la

⁵¹ Voir Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après CADHP), communications 48/90, 50/91, 52/91 et 89/93, par. 59.

⁵² Réplique de la Guinée, par. 1.48 et annexe 1, réponses aux questions 15, 20 et 26.

⁵³ CR 2006/52 du 29 novembre 2006, p. 19-20, par. 10.

⁵⁴ La Cour a appelé l'attention sur ce fait dans son arrêt sur les exceptions préliminaires, où elle a dit que M. Diallo « était autorisé à tirer les conséquences de la qualification juridique ainsi donnée par les autorités zairoises » ; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 601, par. 46.

⁵⁵ Sur ce point, voir aussi : CEDH, arrêt du 5 octobre 2006, *Bolat c. Russie* (requête 14139/03), par. 79 ; CEDH, arrêt du 12 février 2009, *Nolan et K. c. Russie* (requête 2512/04), par. 112. Et aussi Commission du droit international (CDI), *Expulsion des étrangers* — *Etude du Secrétariat*, doc. A/CN.4/565 du 10 juillet 2006, p. 58, par. 67.

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

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

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

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

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

3. *The Right Not to Be Subjected to Mistreatment*

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

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

⁵⁶ Cf. African Commission on Human and Peoples’ Rights, *Union interafricaine des droits de l’homme and Others v. Angola*, No. 159/96, 11 November 1997, para. 20.

⁵⁷ Cf. also, on this point, African Commission on Human and Peoples’ Rights, *Amnesty International v. Zambia*, No. 212/98, 5 May 1999, para. 41 *in fine*.

⁵⁸ Communication No. 155/83, Human Rights Committee’s views of 3 April 1987, doc. CCPR/C/29/D/155/1983, pp. 1-9.

possibilité doit lui être offerte de «plaider sa cause devant les tribunaux nationaux compétents», selon la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples⁵⁶. Cependant, M. A. S. Diallo n'a pas été informé dans les délais de la décision de l'expulser avant que celle-ci ne soit mise à exécution et n'a donc pu opposer aucune raison à cette expulsion⁵⁷. M. A. S. Diallo aurait dû avoir la possibilité de faire examiner son cas par l'autorité compétente.

63. Dans l'importante affaire *Hammel c. Madagascar* (1987)⁵⁸, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a débouté l'Etat défendeur parce que la personne expulsée n'avait été ni «accusée ni produite devant un magistrat» et parce qu'«elle n'avait pas eu la possibilité de contester le décret d'expulsion avant son expulsion» (par. 18.2). Le Comité a ajouté que la victime «n'avait pas obtenu de recours utile pour contester son expulsion» et que l'Etat concerné n'avait pas démontré qu'il existait «des raisons impérieuses de sécurité nationale» pour lui refuser ce recours (par. 19.2).

64. Dans ses constatations sur l'affaire *Hammel c. Madagascar* (1987), le Comité des droits de l'homme a également pris en compte son observation générale n° 15 (27) sur la situation des étrangers au regard du Pacte, et a signalé en particulier ce qui suit :

«L'étranger doit recevoir tous les moyens d'exercer son recours contre l'expulsion, de manière à être en toutes circonstances à même d'exercer effectivement son droit.» (Par. 19.2.)

Dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, la victime n'a pas non plus bénéficié du droit d'accès à la justice (y compris à l'assistance juridique) au titre de l'article 13 du Pacte. La Cour a jugé à juste titre que l'article 13 du Pacte avait été enfreint à raison des circonstances qui avaient entouré l'expulsion de M. A. S. Diallo (par. 74).

3. *Le droit de ne pas être soumis à de mauvais traitements*

65. Deux autres dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies sont pertinentes pour l'examen de la présente affaire; il s'agit des articles 7 et 10 du Pacte. L'article 7 se lit comme suit :

«Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique.»

⁵⁶ Voir CADHP, *Union interafricaine des droits de l'homme et autres c. Angola*, n° 159/96, 11 novembre 1997, par. 20.

⁵⁷ Voir aussi, à ce sujet, CADHP, *Amnesty International c. Zambie*, n° 212/98, 5 mai 1999, fin du paragraphe 41.

⁵⁸ Communication n° 155/83, constatations du Comité des droits de l'homme, 3 avril 1987, doc. CCPR/C/29/D/155/1983, p. 1-9.

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

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

66. In this connection, the Human Rights Committee has stressed, in its General Comment No. 29 (on *Derogations during a State of Emergency*), of 2001, that Article 10 of the Covenant:

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

67. In its Memorial⁶⁰, Guinea claimed that Mr. A. S. Diallo was mistreated during his imprisonment and expulsion. Guinea asserted, on this point, that, in carrying out the deportation order, the law enforcement authorities took Mr. A. S. Diallo away, on 5 November 1995, and secretly placed him in detention in an Immigration Service lock-up, without any form of judicial process or even examination, and that he remained imprisoned there without receiving any visit from his lawyers or officials from the Guinean Embassy until 10 January 1996, i.e., for 65 days.

68. He is alleged to have been incarcerated under dire conditions and to have received no food from the Congolese authorities. In particular, Guinea argued that during “the first four days of [his] detention [he] was kept secretly in a mosquito-infested cell that was permanently illuminated by a very bright light and (. . .) was deprived of food”⁶¹. Being kept in a cell under those conditions is completely incompatible with Article 10 of the Covenant, according to which “[a]ll persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person”⁶².

69. Guinea further asserted that Mr. A. S. Diallo’s arrests and expulsion were in violation of the minimum standard of protection owed to aliens⁶³. Moreover, Guinea claimed that this treatment was in breach of such minimum standard and, specifically, of the minimum rules for the

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

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

⁶¹ Reply of Guinea, Annex 1, pp. 6-7.

⁶² CR 2010/5 of 28 April 2010 (translation), para. 23.

⁶³ Reply of Guinea, para. 1.55.

De plus, le paragraphe 1 de l'article 10 du Pacte dispose ce qui suit :

«Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine.»

66. A cet égard, le Comité des droits de l'homme a souligné en 2001, dans son observation générale n° 29 (sur *Les dérogations au Pacte en période d'état d'urgence*), que l'article 10 du Pacte

«exprime ici une norme du droit international général, ne souffrant aucune dérogation, opinion étayée par la mention de la dignité inhérente à l'être humain faite dans le préambule du Pacte et par le lien étroit entre l'article 7 et l'article 10 »⁵⁹ (par. 13, al. a)).

67. Dans son mémoire⁶⁰, la Guinée a prétendu que M. A. S. Diallo avait été victime de mauvais traitements au cours de son incarcération et de son expulsion. A ce sujet, la Guinée a affirmé que, en mettant à exécution le décret d'expulsion, les autorités d'application de la loi avaient, le 5 novembre 1995, emmené M. A. S. Diallo et l'avaient secrètement placé en détention dans une cellule du service d'immigration, sans aucune forme de processus judiciaire ni même d'examen, et qu'il était demeuré incarcéré à cet endroit sans recevoir aucune visite de ses avocats ou de fonctionnaires de l'ambassade de la Guinée jusqu'au 10 janvier 1996, c'est-à-dire pendant 65 jours.

68. D'après les allégations, M. Diallo aurait été incarcéré dans des conditions très dures et n'aurait pas été nourri par les autorités congolaises. En particulier, la Guinée a soutenu que, «[p]endant les quatre premiers jours de [sa] détention, [il était] gardé au secret dans une cellule infestée de moustiques, en permanence sous une lumière très vive, et ... privé de nourriture»⁶¹. La détention dans une cellule, dans de telles conditions, est tout à fait incompatible avec l'article 10 du Pacte, aux termes duquel «[t]oute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine»⁶².

69. La Guinée a affirmé en outre que les arrestations et l'expulsion de M. A. S. Diallo étaient contraires aux normes minimales de protection qui doivent être respectées à l'égard des étrangers⁶³. De plus, la Guinée a prétendu qu'un tel traitement violait ces normes minimales et, en parti-

⁵⁹ Dans la même observation générale n° 29, le Comité ajoute que les Etats ne pouvaient «en aucune circonstance» invoquer l'article 4 (à l'égard de dérogations) «pour justifier des actes attentatoires au droit humanitaire ou aux normes impératives du droit international»; par. 11.

⁶⁰ Mémoire de la Guinée, p. 30-31 et 51 et suiv.

⁶¹ Réplique de la Guinée, annexe 1, p. 6-7.

⁶² CR 2010/5 du 28 avril 2010, par. 23.

⁶³ Réplique de la Guinée, par. 1.55.

treatment of prisoners adopted by ECOSOC in 1955⁶⁴, whose value was reaffirmed by the UN General Assembly in 1990⁶⁵.

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

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

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

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

74. After all, it is the receiving State (of residence), rather than the

⁶⁴ Cf. the *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, adopted by the First UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held at Geneva in 1955, and approved by ECOSOC resolutions 663 C (XXIV) of 31 July 1957 and 2076 (LXII) of 13 May 1977, in particular Principles 20, 22-26 and 87.

⁶⁵ UN General Assembly resolution 45/111 of 14 December 1990, *Basic Principles for the Treatment of Prisoners*.

⁶⁶ Counter-Memorial of the DRC, paras. 1.12-1.13, and cf. paras. 1.32-1.33.

culier, les règles minima pour le traitement des détenus adoptées par l'ECOSOC en 1955⁶⁴, dont la valeur a été réaffirmée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies en 1990⁶⁵.

70. La RDC, rejetant ces prétentions, a affirmé que M. Diallo avait été gardé dans des locaux bien aménagés par lesquels passaient tous les étrangers frappés d'expulsion et qu'aucun élément de preuve du contraire n'avait été produit⁶⁶. Elle a ajouté que l'ambassadeur guinéen à Kinshasa, qui suivait de très près l'affaire concernant M. Diallo, ne s'était jamais plaint que le ressortissant de son pays avait été soumis à des conditions inhumaines.

71. Selon la RDC, à supposer même que la Guinée ait présenté à la Cour des éléments de preuve attestant que M. A. S. Diallo avait été gardé au secret dans une cellule infestée de moustiques éclairée en permanence par une ampoule très brillante et qu'il avait été privé de nourriture — ce que la Guinée n'a pas fait —, un tel traitement ne serait pas automatiquement assimilable à une violation de l'article 10 du Pacte. La RDC a conclu que la Guinée n'avait pas prouvé les conséquences du traitement prétendument inhumain (effets physiques ou mentaux des conditions d'incarcération de M. Diallo) et qu'il n'y avait donc pas eu violation du paragraphe 1 de l'article 10 du Pacte.

72. Dans son arrêt, la Cour estime «qu'il n'a pas été démontré que M. Diallo ait été soumis à des traitements prohibés par l'article 10, paragraphe 1, du Pacte» (par. 89). La majorité de la Cour a donc rejeté les conclusions de la Guinée à cet égard (point 5 du dispositif). A la différence des conclusions précédentes de la Cour concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (*supra*), je regrette de ne pouvoir suivre la majorité de la Cour sur ce point.

73. Il n'en demeure pas moins qu'il n'a pas été démontré que le paragraphe 1 de l'article 10 ait été respecté non plus. La majorité de la Cour semble avoir pris une décision quelque peu hâtive sur ce point, en accordant une présomption favorable à l'Etat défendeur. Dans les affaires de ce genre relatives aux droits de l'homme, la présomption est accordée à la partie manifestement la plus faible, l'individu, la victime alléguée. Dans les circonstances de la présente affaire, la charge de la preuve ne saurait être imposée à l'Etat demandeur; c'est l'Etat défendeur qui connaît — ou est censé connaître — les conditions de détention, et c'est donc sur lui que repose la charge de la preuve.

74. Après tout, c'est l'Etat d'accueil (de résidence) plutôt que l'Etat

⁶⁴ Voir *Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus*, adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Genève en 1955 et approuvé par l'ECOSOC dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977, en particulier les principes 20, 22-26 et 87.

⁶⁵ Nations Unies, résolution 45/111 de l'Assemblée générale du 14 décembre 1990, *Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus*.

⁶⁶ Contre-mémoire de la RDC, par. 1.12-1.13 et 1.32-1.33.

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

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

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

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

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

77. In this respect, in order to clarify the legal nature and content of the right at issue, I deemed it fit, at the end of the public sitting of the Court held on 26 April 2010, to put to the two contending Parties the following question⁶⁸:

⁶⁷ Counter-Memorial of the DRC, p. 16, para. 1.22.

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

d'envoi (de nationalité) qui est censé savoir ce qui se passe dans ses propres prisons, et comment les détenus sous sa charge y sont traités. Les conditions de vie, ou de survie, dans les prisons du monde — sur tous les continents, sous toutes les latitudes — sont une source de préoccupation qui transcende depuis fort longtemps la pensée juridique. Dès la seconde moitié du XIX^e siècle, un écrivain universel, F. M. Dostoïevski, faisait observer à juste titre, dans ses *Souvenirs de la maison des morts* (1862), écrits d'après son expérience personnelle, que l'on ne connaissait le degré de civilisation d'une société humaine qu'en visitant ses prisons. Cette phrase demeure vraie encore aujourd'hui, partout dans le monde.

4. *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière*

75. Un autre droit défendu et protégé dans le cadre de la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo* est le droit de l'individu d'être informé sur l'assistance consulaire, énoncé à l'article 36, paragraphe 1, alinéa b), de la convention de Vienne sur les relations consulaires, ainsi libellé :

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

76. La Guinée a prétendu que M. A. S. Diallo n'avait pas été informé de son droit au titre de l'article 36, paragraphe 1, alinéa b), de la convention de Vienne, que ce soit en 1988 ou en 1995-1996. La RDC s'est bornée à affirmer que différents documents prouvaient que le cas de M. A. S. Diallo «était connu non seulement du consulat guinéen à Kinshasa, mais également du président de la République et du ministre des affaires étrangères de la Guinée»⁶⁷. La Cour a dit à plusieurs reprises que l'article 36, paragraphe 1, alinéa b), de la convention de Vienne de 1963 exigeait que les autorités compétentes d'un Etat partie informent sans délai un ressortissant d'un autre Etat partie arrêté ou détenu par ses autorités de son droit à l'assistance consulaire garanti par cet article (les trois affaires *Breard*, *LaGrand* et *Avena*).

77. A cet égard, pour préciser la nature juridique et le contenu du droit en question, j'ai jugé bon, à la fin de l'audience de la Cour du 26 avril 2010, de poser aux deux Parties au litige la question suivante⁶⁸ :

⁶⁷ Contre-mémoire de la RDC, p. 16, par. 1.22.

⁶⁸ A laquelle la Cour fait référence au paragraphe 11 de son présent arrêt.

“In your opinion, do the provisions of Article 36, paragraph 1 (*b*), of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations apply solely to relations between the sending State or State of nationality and the receiving State? Was Mr. Diallo himself informed about consular assistance immediately after his detention? Who is the holder of the right to information regarding consular assistance: the sending State or State of nationality, or the individual?”⁶⁹

78. In its written answer to my question, handed to the Court’s Registry on 27 April 2010, the Respondent State contended that: (*a*) Article 36 (1) (*b*) of the 1963 Vienna Convention creates an “individual right” (Court’s Judgment in the *LaGrand* case, *I.C.J. Reports 2001*, p. 494, para. 77), which is, however, inextricably linked to the sending State’s right to communicate with its nationals through consular officers; (*b*) although it is an individual right, it remains closely linked to the rights of the State itself; (*c*) they are interdependent rights (Court’s Judgment in the *Avena* case, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 35-36, para. 40), involving relation between the individual and the sending and the receiving States; (*d*) Guinea was aware of Mr. Diallo’s situation, and the purpose of the right to information on consular assistance was thus achieved; (*e*) if that right had not been violated in respect of the sending State, it could not have been so in respect of its national; (*f*) Mr. Diallo had “verbally” been informed by the DRC, shortly after his detention, of the “possibility of seeking consular assistance from his State”; and (*g*) the individual and his sending State (or State of nationality) hold the right to information in an interdependent way⁷⁰.

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

80. On its part, Guinea, in its reply to my question, stated, in its oral arguments of 28 April 2010, that: (*a*) the State of residence has a duty to inform the individual concerned of his right to consular assistance; (*b*) it is the individual who has the right to information, as indicated in Article 36 (1) (*b*) *in fine* of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations; (*c*) there is a certain interdependence between the individual right and the rights of the State (Court’s Judgment in the *Avena* case, para. 40), but under Article 36 (1) (*b*) these latter are subordinated to the former; (*d*) the information by one State to another is not sufficient, and, in the present case, Mr. Diallo was not informed (by the State of

⁶⁹ CR 2010/3 of 26 April 2010, p. 37, para. 73.

⁷⁰ CR 2010/5 of 28 April 2010, pp. 1-2.

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

78. Dans sa réponse écrite à ma question, remise au greffe de la Cour le 27 avril 2010, l'Etat défendeur a soutenu ce qui suit: *a*) l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne de 1963 crée un «droit individuel» (arrêt de la Cour en l'affaire *LaGrand*, C.I.J. Recueil 2001, p. 494, par. 77) qui est cependant inextricablement lié au droit de l'Etat d'envoi de communiquer avec ses nationaux par l'intermédiaire de ses agents consulaires; *b*) bien qu'il s'agisse d'un droit individuel, ce droit demeure étroitement lié aux droits de l'Etat lui-même; *c*) il s'agit de droits interdépendants (arrêt de la Cour en l'affaire *Avena*, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 35-36, par. 40), touchant la relation entre l'individu et les Etats d'envoi et de résidence; *d*) la Guinée connaissait la situation de M. Diallo et le but du droit à l'information sur l'assistance consulaire a donc été atteint; *e*) si ce droit n'a pas été violé à l'égard de l'Etat d'envoi, il ne peut l'avoir été à l'égard de son national; *f*) M. Diallo avait été informé «verbalement» par la RDC, peu après sa mise en détention, de la «possibilité de demander l'assistance consulaire de son Etat»; et *g*) l'individu et son Etat d'envoi (ou de nationalité) sont titulaires du droit à l'information d'une manière interdépendante⁷⁰.

79. Quoi qu'il en soit, la RDC n'a produit aucun élément de preuve pour étayer son assertion selon laquelle M. A. S. Diallo avait rapidement été informé «verbalement», peu après sa mise en détention, de la possibilité qui lui était offerte de compter sur l'assistance consulaire de la Guinée. La RDC n'a pas effectivement prouvé qu'elle avait dûment informé M. A. S. Diallo lui-même, sans retard, de son droit aux termes de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne de 1963, ce qui engageait sa responsabilité internationale à cet égard.

80. De son côté, la Guinée, dans sa réponse à ma question, a déclaré, au cours de sa plaidoirie du 28 avril 2010, ce qui suit: *a*) l'Etat de résidence a le devoir d'informer l'individu concerné de son droit à l'assistance consulaire; *b*) le droit à l'information appartient à l'individu, ainsi qu'il est indiqué dans la dernière partie de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963; *c*) il existe une certaine interdépendance entre le droit individuel et les droits de l'Etat (arrêt de la Cour en l'affaire *Avena*, 2004, par. 40), mais, aux termes de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), les derniers sont subordonnés au premier; *d*) il n'est pas suffisant qu'un Etat informe

⁶⁹ CR 2010/3 du 26 avril 2010, p. 37, par. 73.

⁷⁰ CR 2010/5 du 28 avril 2010, p. 1-2.

residence) about consular assistance, neither shortly after his detention nor later on; (e) the assertion by the DRC in this regard was not accompanied by any proof, and the fact is that Mr. Diallo was not informed of his rights; and (f) even if the sending State (of nationality) takes cognizance of the situation by other means, there is an international illicit fact on the part of the State of residence⁷¹.

81. It should not pass unnoticed, in this connection, that, even before the aforementioned *obiter dicta* of this Court in the *LaGrand* (2001) and the *Avena* (2004) cases, the first and pioneering articulation of the individual's right to information on consular assistance was the one developed by the Inter-American Court of Human Rights in its Advisory Opinion No. 16, of 1 October 1999, on the *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*. It was expressly invoked by the contending Parties, and relied upon mainly by the complaining States, in the *LaGrand* (*Germany v. United States*) and the *Avena* (*Mexico v. United States*) cases before this Court, as we shall see subsequently (Section VIII, *infra*) in the present separate opinion.

IV. THE HERMENEUTICS OF HUMAN RIGHTS TREATIES

82. The invocation, by the contending Parties before the ICJ, of such human rights treaties as the 1996 UN Covenant on Civil and Political Rights and the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights, and the vindication of some rights protected there under — in addition to Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations in the conceptual universe of human rights — brings to the fore the issue of the proper interpretation of human rights treaties. These latter go beyond the realm of purely inter-State relations. When one comes to the interpretation of treaties, one is inclined to resort, at first, to the general provisions enshrined in Articles 31-33 of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties (of 1969 and 1986, respectively), and in particular to the combination under Article 31 of the elements of the ordinary meaning of the terms, the context, and the object and purpose of the treaties at issue.

83. One then promptly finds that, in practice, while in traditional international law there has been a marked tendency to pursue a rather restrictive interpretation which gives as much precision as possible to the obligations of States parties, in the international law of human rights, somewhat distinctly, there has been a clear and special emphasis on the element of the object and purpose of the treaty, so as to ensure an effective protection (*effet utile*) of the guaranteed rights, without detracting

⁷¹ CR 2010/5 of 28 April 2010, pp. 9-13.

l'autre et, en l'espèce, M. Diallo n'a pas été informé (par l'Etat de résidence) sur l'assistance consulaire, ni peu après sa mise en détention ni plus tard; e) l'assertion de la RDC à cet égard n'a été accompagnée d'aucune preuve et le fait est que M. Diallo n'a pas été informé de ses droits; et f) même si l'Etat d'envoi (de nationalité) prend connaissance de la situation par d'autres moyens, un fait internationalement illicite est commis par l'Etat de résidence⁷¹.

81. Il y a lieu de rappeler à cet égard que, même avant les *obiter dicta* susmentionnés de la Cour dans les affaires *LaGrand* (2001) et *Avena* (2004), c'est la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui a été la première à préciser le droit de l'individu à l'information sur l'assistance consulaire, dans son avis consultatif novateur n° 16 du 1^{er} octobre 1999, intitulé *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière*. Ce droit a été expressément invoqué par les parties au litige et utilisé comme base principalement par les Etats plaignants dans les affaires *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis)* et *Avena (Mexique c. Etats-Unis)* dont la Cour a connu, comme nous le verrons plus loin (sect. VIII, *infra*) dans la présente opinion individuelle.

IV. L'HERMÉNEUTIQUE DES TRAITÉS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME

82. L'invocation, par les parties s'opposant devant la CIJ, de traités relatifs aux droits de l'homme comme le Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques de 1996 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 et la défense de certains droits protégés par ces instruments — outre les droits protégés par l'article 36, paragraphe 1, alinéa b), de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 dans l'univers conceptuel des droits de l'homme — mettent en lumière la question de l'interprétation appropriée des traités relatifs aux droits de l'homme. Ces traités débordent le domaine des relations purement interétatiques. En matière d'interprétation des traités, on est enclin à recourir en premier lieu aux dispositions générales des articles 31 à 33 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités (1969 et 1986 respectivement) et en particulier aux éléments de l'article 31 concernant le sens ordinaire des termes, le contexte et l'objet et le but des traités visés.

83. Ce faisant, l'on ne tarde pas à constater que dans la pratique, alors que le droit international traditionnel tend de façon marquée vers une interprétation assez restrictive qui vise à préciser le plus possible les obligations des Etats parties, le droit international des droits de l'homme, en revanche, met nettement l'accent sur l'objet et le but du traité pour garantir une protection effective (*effet utile*) des droits garantis, sans pour autant s'écarter de la règle générale énoncée à l'article 31 des deux

⁷¹ CR 2010/5 du 28 avril 2010, p. 9-13.

from the general rule of Article 31 of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties. In effect, whilst in general international law the elements for the interpretation of treaties evolved primarily as guidelines for the process of interpretation by States parties themselves, human rights treaties, in their turn, have called for an interpretation of their provisions bearing in mind the essentially *objective* character of the obligations entered into by States parties: such obligations aim at the protection of human rights and not at the establishment of subjective and reciprocal rights for the States parties.

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

85. The converging case law to this effect has generated the common understanding, in the regional systems of human rights protection, that human rights treaties, moreover, are endowed with a special nature (as distinguished from multilateral treaties of the traditional type); that human rights treaties have a normative character and that their terms are to be autonomously interpreted; that in their application one ought to ensure an effective protection (*effet utile*) of the guaranteed rights; and that permissible restrictions (limitations and derogations) to the exercise of guaranteed rights are to be restrictively interpreted. The work of the European and Inter-American Courts of Human Rights (more recently joined by the African Court on Human and Peoples' Rights) has indeed contributed to the creation of an international *ordre public* based upon the respect for human rights in all circumstances⁷²; it has established limits to excessive State voluntarism, and fostered the vision of the relations

⁷² A. A. Cançado Trindade, "Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme" (discours du président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme) in *Cour européenne des droits de l'homme — Rapport annuel 2003*, Strasbourg, CEDH, 2004, pp. 41-50.

conventions de Vienne sur le droit des traités. En réalité, bien qu'en droit international général les éléments d'interprétation des traités aient été principalement élaborés en vue de servir d'orientations pour l'interprétation des traités par les Etats parties, les dispositions des traités relatifs aux droits de l'homme exigent une interprétation essentiellement *objective* des obligations souscrites par les Etats parties: ces obligations ont pour but de protéger les droits de l'homme et non d'établir les droits subjectifs et réciproques des Etats parties.

84. C'est ce qui explique l'accent particulier qui a été mis sur l'objet et le but des traités relatifs aux droits de l'homme, dont la jurisprudence constante des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme a donné un témoignage éloquent au cours des deux dernières décennies. L'interprétation et l'application des traités relatifs aux droits de l'homme ont été effectivement guidées par des considérations liées à l'intérêt général supérieur ou à l'ordre public, qui transcendent les intérêts individuels des Etats contractants. Comme l'indique la jurisprudence constante des deux tribunaux internationaux des droits de l'homme déjà mentionnés, ces traités se distinguent des traités du type classique qui intègrent des concessions et des compromis restrictifs réciproques; les traités des droits de l'homme prescrivent au contraire des obligations d'un caractère essentiellement objectif, mises en œuvre collectivement, et sont dotés de mécanismes de suivi propres. La riche jurisprudence relative aux méthodes d'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme a renforcé la protection de la personne humaine au plan international et enrichi le droit international sous l'influence du droit international des droits de l'homme.

85. La jurisprudence convergente dans ce domaine a fait naître, dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, l'idée commune que les traités relatifs aux droits de l'homme sont empreints d'un caractère spécial (par comparaison avec les traités multilatéraux du type traditionnel); ces traités sont de caractère normatif et leurs termes doivent être interprétés de façon autonome; leur application doit viser à ce que soient effectivement protégés (*effet utile*) les droits garantis; et les restrictions permises (limitations et dérogations) de l'exercice des droits garantis doivent être interprétées de façon restrictive. Le travail des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme (auxquelles s'est jointe récemment la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples) a effectivement contribué à la création d'un ordre public international fondé sur le respect des droits de l'homme en toutes circonstances⁷²; il a établi des limites au volontarisme excessif des Etats et nourri la vision des

⁷² A. A. Cançado Trindade, «Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme» (discours du président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme), dans *Cour européenne des droits de l'homme — Rapport annuel 2003*, Strasbourg, CEDH, 2004, p. 41-50.

between public power and the human being whereby the State exists for the human being, and not vice-versa.

86. Furthermore, they have propounded the *autonomous* interpretation of provisions of human rights treaties, by reference to the respective domestic legal systems. Such autonomous meaning of the terms of human rights treaties (as distinct from their meaning, e.g., in domestic law) has been also endorsed, e.g., by the Human Rights Committee, under the UN Covenant on Civil and Political Rights, for example, in the adoption of its views in the *Van Duzen v. Canada* case (in 1982). Moreover, the dynamic or *evolutive* interpretation of the respective human rights Conventions (the temporal dimension) has been followed by both the European⁷³ and the Inter-American⁷⁴ Courts, so as to fulfill the evolving needs of protection of the human being.

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

88. The European Court of Human Rights has likewise reiteratedly pronounced to that effect⁷⁵; in the *Loizidou v. Turkey* case (preliminary objections, 1995), for example, the European Court of Human Rights expressly discarded undue restrictions which would not only “seriously weaken” its role in the discharge of its functions but “would also diminish the effectiveness of the Convention as a constitutional instrument of

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

⁷⁴ Cf., in this sense, the *obiter dicta* in: IACtHR, advisory opinion OC-16/99, on the *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, of 1 October 1999, paras. 114-115, and concurring opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, paras. 9-11; IACtHR, case of the “*Street Children*” (*Villagrán Morales and Others v. Guatemala*), judgment of 19 November 1999 (merits), paras. 193-194; IACtHR, case *Cantoral Benavides v. Peru*, judgment of 18 August 2000 (merits), paras. 99 and 102-103; IACtHR, case *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, judgment of 25 November 2000 (merits), separate opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, paras. 34-38; IACtHR, case of the *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, judgment of 31 August 2001 (merits and reparations), paras. 148-149; IACtHR, case *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, judgment of 22 February 2002 (reparations), separate opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, para. 3.

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

relations entre les pouvoirs publics et la personne humaine selon laquelle l'Etat existe pour la personne humaine et non l'inverse.

86. De plus, les travaux de ces cours ont fait avancer l'interprétation *autonome* des dispositions des traités relatifs aux droits de l'homme par rapport aux systèmes juridiques internes des Etats. Cette signification autonome des termes des traités relatifs aux droits de l'homme (distincte de leur sens, par exemple dans le droit interne) a aussi été affirmée par le Comité des droits de l'homme, par exemple au titre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies dans ses constatations en l'affaire *Van Duzen c. Canada* (en 1982). En outre, les Cours européenne⁷³ et interaméricaine⁷⁴ ont adopté une interprétation dynamique ou *évolutive* de leurs conventions relatives aux droits de l'homme (la dimension temporelle) pour faire face aux besoins changeants en matière de protection de la personne humaine.

87. Ainsi, dans son avis consultatif novateur n° 16 sur *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière* (1999), qui a inspiré la jurisprudence internationale *in statu nascendi* sur la question, la Cour interaméricaine a précisé que, dans son interprétation des normes de la convention américaine des droits de l'homme, elle devait élargir la protection à de nouvelles situations (comme celle concernant l'observation du droit à l'information sur l'assistance consulaire) sur la base des droits préexistants. La Cour a réaffirmé ce point de vue dans son visionnaire avis consultatif n° 18 sur *La situation juridique et les droits des migrants sans papiers* (2003).

88. La Cour européenne des droits de l'homme, elle aussi, s'est prononcée à de nombreuses occasions en ce sens⁷⁵; en l'affaire *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires, 1995), par exemple, la Cour européenne a expressément écarté les restrictions indues qui non seulement «affaibliraient sérieusement» l'exercice de ses fonctions, mais «diminueraient également l'efficacité de la convention en tant qu'instrument

⁷³ Voir par exemple *Tyrer c. Royaume-Uni* (1978), *Airey c. Irlande* (1979), *Marckx c. Belgique* (1979), *Dudgeon c. Royaume-Uni* (1981), entre autres.

⁷⁴ Voir en ce sens les *obiter dicta* dans : CIDH, avis consultatif OC-16/99, *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière) du 1^{er} octobre 1999, par. 114-115, et l'opinion concordante du juge A. A. Cançado Trindade, par. 9-11 ; CIDH, «*Street Children*» (*Villagrán Morales et autres c. Guatemala*), arrêt du 19 novembre 1999 (fond), par. 193-194 ; CIDH, *Cantoral Benavides c. Pérou*, arrêt du 18 août 2000 (fond), par. 99 et 102-103 ; CIDH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, arrêt du 25 novembre 2000 (fond), opinion individuelle du juge A. A. Cançado Trindade, par. 34-38 ; CIDH, *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, arrêt du 31 août 2001 (fond et réparations), par. 148-149 ; CIDH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, arrêt du 22 février 2002 (réparations), opinion individuelle du juge A. A. Cançado Trindade, par. 3.

⁷⁵ Par exemple, dans ses arrêts *Wemhoff c. République fédérale d'Allemagne* (1968), *Belgian Linguistic* (1968), *Golder c. Royaume-Uni* (1975), *Irlande c. Royaume-Uni* (1978) et *Soering c. Royaume-Uni* (1989), entre autres.

European public order (*ordre public*)”⁷⁶. There is, thus, a converging case law of the Inter-American and European Courts of Human Rights — and indeed of other human rights international supervisory organs — on the fundamental issue of the proper interpretation of human rights treaties, naturally ensuing from the overriding identity of the object and purpose of those treaties.

89. General international law itself bears witness of the principle (subsumed under the general rule of interpretation of Article 31 of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties) whereby the interpretation is to enable a treaty to have appropriate effects. In the present domain of protection, international law has been made use of in order to improve and strengthen — and never to weaken or undermine — the safeguard of recognized human rights⁷⁷ (in pursuance of the *principle pro persona humana, pro victima*). The specificity of the international law of human rights finds expression not only in the interpretation of human rights treaties in general but also in the interpretation of specific provisions of those treaties⁷⁸.

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

⁷⁶ European Court of Human Rights, *Loizidou v. Turkey* case (preliminary objections), judgment of 23 March 1995, para. 75.

⁷⁷ Cf. A. A. Cançado Trindade, “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels)”, 202 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (1987) p. 401.

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

constitutionnel de l'ordre public européen»⁷⁶. Il existe donc une jurisprudence convergente des Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme — et d'ailleurs d'autres organes internationaux de surveillance des droits de l'homme — sur la question fondamentale de la bonne interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme, qui découle naturellement de l'identité déterminante de l'objet et du but de ces traités.

89. Le droit international général lui-même témoigne du principe (subsumé dans la règle générale d'interprétation de l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités) selon lequel l'interprétation vise à donner à un traité les effets appropriés. Dans le domaine de protection qui nous occupe, le droit international a été utilisé pour améliorer et renforcer — et jamais pour affaiblir ou miner — les garanties des droits de l'homme reconnues⁷⁷ (selon le *principe pro persona humana, pro victima*). La spécificité du droit international des droits de l'homme trouve son expression non seulement dans l'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme en général, mais également dans l'interprétation de dispositions spécifiques de ces traités⁷⁸.

90. Tant la Cour européenne que la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont, à juste titre, établi des limites au volontarisme des Etats, préservé l'intégrité des conventions relatives aux droits de l'homme relevant de leurs domaines respectifs et la primauté des considérations d'ordre public sur la «volonté» des Etats, fixé des normes supérieures de comportement des Etats, freiné dans une certaine mesure l'imposition de restrictions indues par les Etats et renforcé de façon rassurante la situation de l'individu en tant que sujet du droit international des droits de l'homme, doté de la pleine capacité procédurale. En ce qui concerne la base de leur juridiction en matière contentieuse, on peut trouver des illus-

⁷⁶ CEDH, *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 23 mars 1995 (exceptions préliminaires), par. 75.

⁷⁷ A. A. Cançado Trindade, «Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels)» (Coexistence et coordination des mécanismes internationaux de protection des droits de l'homme (aux plans mondial et régional)), *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 202 (1987), p. 401.

⁷⁸ Des illustrations pertinentes peuvent être trouvées par exemple dans les dispositions contenant des renvois au droit international général. Tel est le cas, par exemple, de la nécessité d'épuiser les recours internes comme condition d'admissibilité des plaintes ou des communications présentées au titre des traités relatifs aux droits de l'homme; la règle des recours internes témoigne de l'interaction entre le droit international et le droit interne dans le présent domaine de protection, qui est fondamentalement *orienté vers la victime*, axé sur *les droits de l'être humain plutôt que des Etats*. Les principes ou les règles de droit international généralement reconnus — auxquels fait référence la formulation de la règle des recours internes figurant dans les traités relatifs aux droits de l'homme —, outre qu'ils suivent une évolution propre dans le contexte distinct où ils s'appliquent, subissent nécessairement, lorsqu'ils sont insérés dans des traités relatifs aux droits de l'homme, certains ajustements ou adaptations, dictés par le caractère spécial de l'objet et du but de ces traités et par la spécificité largement reconnue du droit international des droits de l'homme. Voir A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, 1983, p. 1-443.

of the mechanisms of protection of the two respective regional Conventions⁷⁹.

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

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

V. THE PRINCIPLE OF HUMANITY IN ITS WIDE DIMENSION

93. The previous considerations on the hermeneutics of human rights treaties lead me now to address the principle of humanity in its wide dimension. When one refers to the principle of humanity, there is a tendency to consider it in the framework of international humanitarian law. Thus, for example, it is beyond doubt that, in this framework, civilians and persons *hors de combat* are to be treated with humanity. The principle of humane treatment of civilians and persons *hors de combat* is provided for in the 1949 Geneva Conventions on international humanitarian law (common Article 3, and Articles 12 (1), 13 (5) and 27 (1)), and their Additional Protocols I (Article 75 (1)) and II (Article 4 (1)). Such principle, moreover, is generally regarded as one of customary international humanitarian law.

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

trations éloquentes de leurs prises de position fermes en faveur de l'intégrité des mécanismes de protection des deux conventions régionales⁷⁹.

91. Les deux tribunaux internationaux des droits de l'homme, en résolvant correctement les questions de procédure fondamentales soulevées dans les cas susmentionnés, ont utilisé à bon escient les techniques du droit international public pour renforcer leurs juridictions respectives en matière de protection de la personne humaine. Ils ont préservé de façon décisive l'intégrité des mécanismes de protection inscrits dans les conventions américaine et européenne des droits de l'homme, porteuses de l'émancipation juridique de la personne humaine vis-à-vis de son propre Etat. Ces tribunaux ont, en outre, bâti une jurisprudence remarquable sur le droit d'accès à la justice (et le droit à réparation) au niveau international.

92. En ce qui concerne le droit positif, la contribution des cours internationales des droits de l'homme est illustrée par de nombreux exemples de leurs jurisprudences respectives concernant les droits protégés au titre des deux conventions régionales. La Cour européenne a, par exemple, une jurisprudence vaste et remarquable sur le droit à la protection de la liberté et à la sécurité de la personne (article 5 de la convention européenne) et sur le droit à un procès équitable (article 6). La Cour interaméricaine a pour sa part une jurisprudence importante sur le droit fondamental à la vie, qui comprend également les conditions de vie, par exemple sa décision en l'affaire paradigmatique de ce que l'on a appelé les « *Enfants des rues* » (*Villagrán Morales et autres c. Guatemala*, fond, 1999); cette Cour a également une riche jurisprudence sur les différentes formes de réparation.

V. LE PRINCIPE D'HUMANITÉ AU SENS LARGE

93. Les considérations qui précèdent sur l'herméneutique des traités des droits de l'homme m'amènent maintenant à examiner le principe d'humanité au sens large. Quand on parle du principe d'humanité, on a tendance à l'examiner dans le cadre du droit international humanitaire. Ainsi, par exemple, il ne fait pas de doute que, dans ce cadre, les civils et les personnes hors de combat doivent être traités avec humanité. Le principe du traitement humain des civils et des personnes hors de combat est énoncé dans les conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire (article commun 3 et articles 12 1), 13 5) et 27 1)) et leurs protocoles additionnels I (article 75 1)) et II (article 4 1)). De plus, ce principe est généralement considéré comme un principe du droit international humanitaire coutumier.

⁷⁹ Par exemple, les décisions de la Cour européenne *Belilos c. Suisse* (1988), *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires, 1995) et *I. Ilascu, A. Lesco, A. Ivantoc et T. Petrov-Popa c. Moldova et Fédération de Russie* (2001), ainsi que les décisions de la Cour interaméricaine dans les affaires *Constitutional Tribunal et Ivcher Bronstein c. Pérou* (compétence, 1999), *Hilaire, Constantine et Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago* (exception préliminaire, 2001) et *Barrios Altos c. Pérou* (fond, 2001).

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

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

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

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

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

98. In respect of the present *Diallo* case, in particular, it may be pointed out that the principle of humanity underlies Article 7 of the UN Covenant on Civil and Political Rights, which protects the individual’s personal integrity against mistreatment as well as Article 10 of the Covenant (concerning persons under detention), which begins by stating that “[a]ll persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person” (para. 1). This

94. Selon moi, le principe d'humanité revêt une dimension encore plus large: il s'applique dans les circonstances les plus différentes, tant en temps de conflit armé qu'en temps de paix, dans les relations entre les pouvoirs publics et toutes les personnes relevant de la juridiction de l'Etat concerné. Ce principe a une incidence notoire lorsque ces personnes se trouvent dans une situation de vulnérabilité, ou même *sans défense*, ainsi qu'on le voit dans les dispositions pertinentes des traités intégrant le droit international des droits de l'homme. Par exemple, au niveau des Nations Unies, l'article 17, paragraphe 1, de la convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990 stipule ce qui suit:

«Les travailleurs migrants et les membres de leur famille qui sont privés de leur liberté sont traités avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine et de leur identité culturelle.»

95. De même, l'alinéa *c*) de l'article 37 de la convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant de 1989 précise que les Etats parties doivent veiller à ce que «[t]out enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge». On trouve des dispositions semblables dans les traités régionaux relatifs aux droits de l'homme.

96. Pour ne citer que quelques exemples, la convention américaine des droits de l'homme de 1969, dans son article 5 traitant du droit à un traitement humain, prescrit notamment que «toute personne privée de liberté doit être traitée avec respect en raison de la dignité inhérente à la personne humaine» (par. 2). De même, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 dispose entre autres que «[t]out individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique» (art. 5).

97. Le paragraphe 2 de l'article II de la convention de 1969 de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique dispose pour sa part que «[l]'octroi du droit d'asile aux réfugiés constitue un acte pacifique et humanitaire». Et les exemples pourraient être multipliés. Le point que je tiens à souligner ici est que le principe d'humanité imprègne tout le *corpus juris* de la protection internationale des droits de la personne humaine (qui englobe le droit international humanitaire, le droit international des droits de l'homme et le droit international sur les réfugiés), aux plans mondial (Nations Unies) et régional.

98. S'agissant de la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo* en particulier, il convient de noter que le principe d'humanité sous-tend l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies, qui protège l'intégrité de la personne contre les mauvais traitements, ainsi que l'article 10 du Pacte (concernant les personnes détenues), qui commence par une déclaration selon laquelle «Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhé-

comprises not only the negative obligation not to mistreat (Article 7), but also the positive obligation to ensure that a detainee, under the custody of the State, is treated with humanity and due respect for his inherent dignity as a human person.

99. The principle of humanity, in effect, underlies the two General Comments, No. 9 (of 1982, para. 3) and No. 21 (of 1992, para. 4) on Article 10 of the Covenant (humane treatment of persons deprived of their liberty). The principle of humanity, usually invoked in the domain of international humanitarian law, thus extends itself also to that of international human rights law. And, as the Committee rightly stated in its General Comment No. 31 (of 2004), “both spheres of law are complementary, not mutually exclusive” (para. 11).

100. The principle of humanity has met with judicial recognition. It is not my intention here, within the confines of the present separate opinion in the *Diallo* case, to review the international case law to this effect, as I have done so elsewhere⁸⁰. Suffice it here to recall but one selected illustration, on the basis of my own experience. The *jurisprudence constante* of the Inter-American Court of Human Rights has properly warned that the principle of humanity, inspiring the right to humane treatment (Article 5 of the American Convention on Human Rights), applies even more forcefully when a person is unlawfully detained, and kept in an “*exacerbated situation of vulnerability*” (judgments in the cases of *Maritza Urrutia v. Guatemala*, of 27 November 2003, para. 87; *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, of 7 June 2003, para. 96; *Cantoral Benavides v. Peru*, of 18 August 2000, para. 90; and cf. *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, of 25 November 2000, para. 150).

101. In my separate opinion in the judgment in the case of the *Masacre of Plan de Sánchez* (of 29 April 2004), concerning Guatemala, I devoted a whole section (III, paras. 9-23) of it to the judicial acknowledgement of the principle of humanity in the recent case law of that court as well as of the *ad hoc* International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Furthermore, I therein expressed my understanding that the principle of humanity, orienting the way one treats others (*el trato humano*), “encompasses all forms of human behaviour and the totality of the condition of the vulnerable human existence” (para. 9).

102. International law is not at all insensitive to that, and the principle at issue applies in any circumstances, so as to prohibit inhuman treatment, by reference to humanity as a whole, so as to secure protection to

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

rente à la personne humaine.» (Par. 1.) Le Pacte énonce non seulement une obligation négative de ne pas soumettre l'individu à de mauvais traitements (art. 7), mais aussi l'obligation positive de garantir que la personne détenue sous la garde de l'Etat est traitée avec humanité et avec le respect qui lui est dû en raison de la dignité inhérente à la personne humaine.

99. Le principe d'humanité est en réalité celui qui sous-tend les deux observations générales, n° 9 (1982, par. 3) et n° 21 (1992, par. 4), sur l'article 10 du Pacte (traitement humain des personnes privées de liberté). Le principe d'humanité, habituellement invoqué dans le domaine du droit international humanitaire, s'étend donc également au droit international des droits de l'homme. Et, comme le Comité l'a correctement déclaré dans son observation générale n° 31 (2004), «les deux domaines du droit sont complémentaires et ne s'excluent pas l'un l'autre» (par. 11).

100. Le principe d'humanité a été reconnu par les tribunaux. Je n'ai pas l'intention ici, dans le cadre d'une opinion individuelle en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, de passer en revue la jurisprudence internationale à cet effet, l'ayant déjà fait ailleurs⁸⁰. Qu'il suffise de rappeler une seule illustration tirée de ma propre expérience. La jurisprudence constante de la Cour interaméricaine des droits de l'homme signale à juste titre que le principe d'humanité, qui est à l'origine du droit d'être traité avec humanité (article 5 de la convention américaine des droits de l'homme), s'applique avec encore plus de force lorsqu'une personne est détenue illégalement et maintenue dans une «*situation exacerbée de vulnérabilité*» (arrêts *Maritza Urrutia c. Guatemala*, du 27 novembre 2003, par. 87; *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, du 7 juin 2003, par. 96; *Cantoral Benavides c. Pérou*, du 18 août 2000, par. 90; et *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, du 25 novembre 2000, par. 150).

101. Dans mon opinion individuelle figurant dans l'arrêt sur l'affaire relative au *Massacre de Plan de Sánchez* (du 29 avril 2004) concernant le Guatemala, j'ai consacré une section entière de mon exposé (III, par. 9-23) à la reconnaissance judiciaire du principe d'humanité dans la jurisprudence récente de cette cour et dans celle du Tribunal pénal international *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie. De plus, j'ai exprimé dans cette opinion l'idée que le principe d'humanité, qui sert d'orientation au traitement accordé à l'autre (*el trato humano*), «englobe toutes les formes de comportement humain et la totalité de la condition vulnérable de l'existence humaine» (par. 9).

102. Le droit international est loin d'être insensible à ces considérations et le principe en cause s'applique en toutes circonstances dans le but de proscrire les traitements inhumains pour l'ensemble de l'humanité, de

⁸⁰ Voir A. A. Cançado Trindade, «Le déracinement et la protection des migrants dans le droit international des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Bruxelles, vol. 19 (2008), p. 289-328, en particulier p. 295 et 308-316.

all, including those in a situation of great vulnerability (paras. 17-20). *Humaneness* is to condition human behaviour in all circumstances, in times of peace as well as of disturbances and armed conflict.

103. The principle of humanity permeates the whole *corpus juris* of protection of the human person, providing one of the illustrations of the approximations or convergences between its distinct and complementary branches (international humanitarian law, the international law of human rights, and international refugee law), at the hermeneutic level, and also manifested at the normative and the operational levels. In faithfulness to my own conception, I have, in this Court likewise, deemed it fit to develop some reflections on the basis of the principle of humanity *lato sensu*, in my dissenting opinion⁸¹ in the case of the *Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Provisional Measures, I.C.J. Reports 2009*, p. 165, as well as in my dissenting opinion⁸² in the case of *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, *Counter-Claim, Order of 6 July 2010, I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 329.

104. And, in the Court's recent Advisory Opinion on *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, *I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 403, I devoted one entire section (XIII (4)) of my separate opinion expressly to the "fundamental principle of humanity" (paras. 196-211) in the framework of the law of nations⁸³ itself. I saw it fit to recall that the "founding fathers" of international law (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) propounded a *jus gentium* inspired by the principle of humanity *lato sensu* (paras. 73-74).

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

106. The *jus gentium*, when it began to correspond to the law of nations, came then to be conceived by its "founding fathers" as regulating the international community constituted by human beings socially organized in the (emerging) States and co-extensive with humankind, thus conforming the *necessary* law of the *societas gentium*. This latter prevailed over the will of individual States, respectful of the human per-

⁸¹ Paragraphs 24-25 and 61.

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

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

garantir la protection de tous, y compris ceux qui sont en situation de grande vulnérabilité (par. 17-20). L'*humanité* doit imprégner le comportement humain en toutes circonstances, en temps de paix comme en temps de troubles et de conflit armé.

103. Le principe d'humanité imprègne tout le *corpus juris* de protection de la personne humaine, ce qui illustre la proximité ou la convergence entre ses différentes branches distinctes et complémentaires (droit international humanitaire, droit international des droits de l'homme et droit international sur les réfugiés), au plan herméneutique, et il est également manifeste au niveau normatif et opérationnel. Par fidélité à ma propre conception, j'ai également jugé utile de développer, au sein de la présente Cour, quelques réflexions sur la base du principe d'humanité *lato sensu* dans mon opinion dissidente⁸¹ en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) (mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 165)*, ainsi que dans mon opinion dissidente⁸² en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie) (demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 329)*.

104. De même, dans l'avis consultatif récemment rendu par la Cour sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo (C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 403)*, j'ai consacré expressément toute une section (XIII, 4) de mon opinion individuelle au «principe fondamental d'humanité» (par. 196-211) dans le cadre du droit des nations⁸³ lui-même. J'ai jugé bon de rappeler que les «pères fondateurs» du droit international (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) préconisaient un *jus gentium* inspiré du principe d'humanité au sens large (par. 73-74).

105. Il convient peut-être de noter ici que le principe d'humanité concorde avec la réflexion sur le droit naturel. Il sous-tend la réflexion classique sur le traitement humain et le maintien de relations sociales, y compris au plan international. L'humanité est devenue encore plus prééminente en ce qui concerne le traitement des personnes vulnérables, ou même sans défense, comme celles qui sont privées de liberté pour quelque raison que ce soit.

106. Le *jus gentium*, lorsqu'il a commencé à correspondre au droit des nations, en est venu à être conçu par ses «pères fondateurs» comme régissant la communauté internationale constituée par les êtres humains organisés socialement dans les Etats (qui émergeaient alors) et recouvrant l'ensemble de l'humanité, devenant ainsi le droit *nécessaire* de la *societas gentium*. Ce droit avait préséance sur la volonté des Etats individuels,

⁸¹ Par. 24-25 et 61.

⁸² Par. 116, 118, 125, 136-139 et 179.

⁸³ Voir également par. 66-67, 74-76, 96, 176, 185 et 239-240.

son, to the benefit of the common good⁸⁴. The precious legacy of natural law thinking, evoking the natural law of the right human reason (*recta ratio*), has never faded away, and this should be stressed time and time again, particularly in face of the indifference and pragmatism of the “strategic” *droit d'étatistes*, so numerous in the legal profession in our days.

VI. THE PROHIBITION OF *ARBITRARINESS* IN THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS

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

1. *The Notion of Arbitrariness*

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

109. As human rights treaties and instruments conform a *law of protection* (a *droit de protection*), oriented towards the safeguard of the ostensibly weaker party, the victim, it is not at all surprising that the prohibition of *arbitrariness* (in its modern and contemporary sense) covers arrests and detentions, as well as other acts of the public power, such as expulsions. Bearing in mind the hermeneutics of human rights treaties, as outlined above, a merely exegetical or literal interpretation of treaty provisions would be wholly unwarranted (cf. *infra*).

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

tenus de respecter la personne humaine dans l'intérêt du bien commun⁸⁴. Le précieux legs du droit naturel, qui évoque un droit fondé dans la raison humaine juste (*recta ratio*), ne s'est jamais évanoui, et il convient de le souligner sans cesse, particulièrement face à l'indifférence et au pragmatisme des droit-d'étatistes «stratégiques», si nombreux dans la profession juridique de nos jours.

VI. L'INTERDICTION DE L'ARBITRAIRE DANS LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

107. Dans l'examen de la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, il est d'une importance cruciale de bien comprendre l'interdiction de l'*arbitraire* dans le cadre du droit international des droits de l'homme. A cette fin, j'examinerai maintenant la notion d'*arbitraire*, la position du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi que la jurisprudence des Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme sur cette question. Je présenterai enfin mon appréciation générale de cette question centrale.

1. La notion d'*arbitraire*

108. L'adjectif «arbitraire», qui vient du latin *arbitrarius*, signifiait à l'origine ce qui dépend de l'autorité ou de la volonté de l'arbitre, d'une autorité légalement reconnue. Avec le temps, cependant, ce terme a graduellement acquis une connotation différente; dès le milieu du XVII^e siècle, il désignait ce qui était en apparence incontrôlé (arbitraire) dans l'exercice de la volonté, et était assimilé au caprice ou au despotisme. C'est ainsi que le qualificatif «arbitraire» en est venu à qualifier les décisions fondées sur la simple préférence ou le préjugé, réfractaires à tout critère de prévisibilité et découlant du pur *libre arbitre* de l'autorité, plutôt que d'être fondées sur la *raison*, sur la notion de règle de droit dans les sociétés démocratiques, sur le critère de raisonabilité, sur les impératifs de la justice et sur le principe fondamental d'égalité et de non-discrimination.

109. Etant donné que les traités et les instruments relatifs aux droits de l'homme constituent un *droit de protection* dont le but est de protéger la partie manifestement la plus faible, la victime, il n'est pas du tout étonnant que l'interdiction de l'*arbitraire* (au sens moderne et contemporain) englobe l'arrestation et la détention ainsi que les autres actes des pouvoirs publics comme l'expulsion. Compte tenu de l'herméneutique des traités des droits de l'homme exposée plus haut, il serait tout à fait injustifié d'interpréter ces dispositions des traités de manière purement exégétique ou littérale (voir *infra*).

⁸⁴ A. A. Cançado Trindade, *A Humanização de Direito Internacional*, Belo Horizonte (Brésil), éd. Del Rey, 2006, p. 9-14, 172, 318-319, 393 et 408.

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

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

2. *The Position of the UN Human Rights Committee*

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

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

⁸⁶ UN General Assembly doc. A/HRC/7/4/Add.1, of 16 January 2008, p. 3; cf. Reply of Guinea, para. 1.19.

⁸⁷ HRC, No. 458/1991, *Mukong v. Cameroon*, 21 July 1994, para. 9.8.

⁸⁸ HRC, No. 794/1998, *Jalloh v. The Netherlands*, 26 March 2002, A/57/40, Vol. II, p. 132, para. 8.2.

⁸⁹ Furthermore, the UN Declaration on the Human Rights of Individuals Who Are Not Nationals of the Country in which They Live (of 13 December 1985) provides (in Article 5) that:

“aliens shall enjoy, in accordance with domestic law and subject to the relevant international obligations of the State in which they are present, in particular the following rights: (a) the right to life and security of person, whereby no alien shall be subjected to arbitrary arrest or detention, and no alien shall be deprived of his or her liberty except on such grounds and in accordance with such procedures as are

110. C'est ainsi d'ailleurs que les organes internationaux de supervision de la protection des droits de l'homme ont interprété la situation, comme nous le verrons maintenant. J'utiliserai comme exemples les positions de deux organes de supervision (le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples) ainsi que la jurisprudence de deux tribunaux internationaux des droits de l'homme (les Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme).

111. A titre préliminaire, s'agissant de la détermination de la violation du droit de ne pas être privé arbitrairement de sa liberté (principe de légalité, interdiction de l'arbitraire — paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies), je rappellerai que le groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire⁸⁵ a exprimé l'avis que la privation de liberté devait être considérée comme *arbitraire* «[l]orsqu'il est manifestement impossible d'invoquer une base légale quelconque qui la justifie» (par exemple le maintien en détention d'une personne au-delà de l'exécution de la peine)⁸⁶. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies — l'organe de surveillance du Pacte international relatif aux droits civils et politiques — a également examiné la question en détail.

2. La position du Comité des droits de l'homme des Nations Unies

112. Pour commencer, les décisions du Comité des droits de l'homme révèlent sa position sur cette question. Par exemple, en l'affaire *Mukong c. Cameroun* (1994), le Comité a interprété le terme «*arbitraire*» dans un sens large, comme signifiant inadmissible, injuste, imprévisible et incompatible avec la légalité⁸⁷. De façon plus générale, dans une affaire ultérieure, *Jalloh c. Pays-Bas* (2002), le Comité a exprimé l'avis que le terme «*arbitraire*» devait être compris comme signifiant «une action qui n'est pas raisonnable»⁸⁸; quoi qu'il en soit, toute action doit être jugée appropriée et proportionnelle dans les circonstances de l'affaire en cause⁸⁹.

⁸⁵ Institué par l'ancienne Commission des droits de l'homme des Nations Unies dans sa résolution 1991/42.

⁸⁶ Nations Unies, Assemblée générale du 16 janvier 2008, document A/HRC/7/4/Add.1, p. 3; réplique de la Guinée, par. 1.19.

⁸⁷ CDH, *Mukong c. Cameroun*, 21 juillet 1994, n° 458/1991, par. 9.8.

⁸⁸ CDH, *Jalloh c. Pays-Bas*, 26 mars 2002, n° 794/1998, A/57/40, vol. II, p. 132, par. 8.2.

⁸⁹ De plus, l'article 5 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent (du 13 décembre 1985) dispose ce qui suit :

«Les étrangers jouissent, conformément au droit interne et sous réserve des obligations internationales pertinentes de l'Etat dans lequel ils se trouvent, en particulier des droits suivants: a) le droit à la vie, à la sûreté de leur personne; nul étranger ne peut être arbitrairement arrêté ou détenu; nul étranger ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévue par la loi;

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

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

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

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

116. The HRC’s concerns to ensure protection to individuals against arbitrariness on the part of State authorities is not restricted to the right to personal liberty, but extends to other rights protected under the Covenant as well. It is present in some of its views on communications concerning expulsions, under Article 13 of the Covenant (on the right of aliens not to be expelled arbitrarily). The test of *bona fides* or prohibition of *abus de pouvoir* on the part of those authorities was applied by the

established by law; (b) the right to protection against arbitrary or unlawful interference with privacy, family, home or correspondence (...).”

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

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

113. Dans l'affaire *Mukong c. Cameroun* déjà mentionnée, le Comité a fait l'observation suivante :

« L'historique de la rédaction du paragraphe 1 de l'article 9 confirme que la notion d'« arbitraire » ne doit pas être confondue avec celle de « contre la loi », mais être interprétée d'une manière plus large pour inclure des éléments inappropriés, injustes, imprévisibles et contraires à la légalité ... [C]ela signifie que la détention provisoire consécutive à une arrestation légale doit être, non seulement légale, mais aussi raisonnable dans toutes les circonstances. La détention provisoire doit de plus être nécessaire dans toutes les circonstances. » (Par. 9.8.)

114. Dans ses constatations sur des communications, le Comité a développé son interprétation du Pacte à propos de questions cruciales comme celle des droits intangibles et des états d'exception⁹⁰. Il a dit de façon tout à fait claire, en ce qui concerne la question de l'*arbitraire* des autorités publiques, qu'il fallait éviter de n'assimiler l'*arbitraire* qu'à l'expression « illégal ». Ainsi, dans l'affaire *Rafael Marques de Morais c. Angola* (2005), il a notamment donné au terme *arbitraire* une interprétation plus large où entraient des éléments d'injustice, d'absence de procédure régulière, d'inadmissibilité et d'imprévisibilité.

115. Selon le même raisonnement, le Comité avait déjà, dans les affaires *R. Mojica c. République dominicaine* (1994) et *Tshishimbi c. Zaïre* (1996), affirmé qu'une interprétation qui permettrait aux Etats parties « de tolérer, d'accepter ou de passer sous silence » les menaces à la liberté et à la sécurité personnelle proférées par les autorités publiques à l'égard d'individus non détenus relevant de la juridiction des Etats parties concernés « rendrait ineffectives les garanties du Pacte »⁹¹. De même, en l'affaire *L. Rajapakse c. Sri Lanka* (2006), le Comité a à nouveau exprimé l'avis que la sécurité personnelle devait être garantie dans différentes circonstances, y compris en dehors du contexte de la privation formelle de liberté (par. 9.7).

116. Le souci du Comité des droits de l'homme de garantir la protection des individus contre l'*arbitraire* des autorités publiques ne se limite pas au droit à la liberté personnelle, mais s'étend à d'autres droits protégés par le Pacte. Ce souci s'exprime également dans certaines de ses constatations sur des communications concernant l'expulsion, présentées au titre de l'article 13 du Pacte (portant sur le droit des étrangers de ne pas être expulsés arbitrairement). Le critère de bonne foi ou d'interdiction

b) le droit à la protection contre toute ingérence arbitraire ou illégale dans leur vie privée et familiale, leur domicile ou leur correspondance ... »

⁹⁰ Voir, par exemple, (différents auteurs), *Droits intangibles et états d'exception* (D. Prémont *et al.*, dir. publ.), Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 1 et suiv.

⁹¹ Par. 5.4, dans les deux affaires. Dans *L. Rajapakse c. Sri Lanka* (2006), le Comité a également estimé que la sécurité de la personne devait être protégée dans différentes circonstances, au-delà du cas de privation formelle de liberté.

HRC in the *A. Maroufidou v. Sweden* case (1981); and in the *E. Hammel v. Madagascar* case (1987) the HRC upheld the right to an effective (domestic) remedy in such cases of expulsion.

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

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

“The African Charter specifically prohibits arbitrary arrests and detentions.

Evidence before the African Commission indicates that the 11 persons have been held incommunicado and without charge since they were arrested in September 2001 (. . .). The African Commission notes that to date it has not received any information or substantiation from the Respondent State demonstrating that the 11 persons were being held in appropriate detention facilities and that they had been produced before courts of law.

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

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

“the lawfulness and necessity of holding someone in custody must be determined by a court of other appropriate judicial authority. The decision to keep a person in detention should be open to review peri-

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

⁹³ Paragraphs 52-55.

de l'abus de pouvoir de la part des autorités a été appliqué par le Comité des droits de l'homme en l'affaire *A. Maroufidou c. Suède* (1981); et, en l'affaire *E. Hammel c. Madagascar* (1987), le Comité a soutenu le droit à un recours effectif (interne) dans des cas d'expulsion de ce genre.

3. *La position de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*

117. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) a, dans plusieurs de ses décisions, établi qu'il y avait eu violation de l'article 6 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples⁹², qui interdit l'arrestation et la détention arbitraires. Dans l'une de ces affaires, *L. Zegveld et M. Ephrem c. Erythrée* (2003), la Commission a dit très clairement que, dans son article 6 :

«[l]a Charte africaine interdit spécifiquement les arrestations et la détention arbitraires.

La Commission africaine dispose des preuves qui montrent que les 11 personnes ont été gardées au secret et sans inculpation depuis leur arrestation en septembre 2001 ... La Commission africaine note qu'à ce jour, elle n'a reçu aucune information ou aucune preuve de la part de l'Etat défendeur indiquant que les 11 personnes étaient détenues dans des endroits de détention appropriés et qu'elles avaient comparu devant un tribunal.

La détention au secret constitue une grave violation des droits de l'homme ... La Commission africaine est de l'avis que toutes les détentions doivent respecter les principes fondamentaux des droits de l'homme ... En outre, toute personne détenue doit avoir rapidement accès à un avocat et aux membres de sa famille et son droit relatif à la santé physique et mentale doit être protégé ainsi que les droits relatifs aux bonnes conditions de détention.»⁹³

118. Soulignant, dans sa décision prononcée dans cette même affaire, l'interdiction de l'arrestation et de la détention arbitraires inscrite dans la Charte africaine (art. 6), la CADHP a déclaré que l'arbitraire menaçait le droit d'accès à la justice lui-même. La Commission s'est exprimée comme suit :

«la légalité et la nécessité de détenir quelqu'un doivent être déterminées par une cour ou par une autre autorité judiciaire compétente. La décision de garder une personne en détention devrait être ouverte

⁹² Voir à cet effet, par exemple, *Media Rights Agenda c. Nigéria* (2000), par. 41-44 et 70-75; *J. D. Ouko c. Kenya* (2000), par. 21 et 31; *K. Aminu c. Nigéria* (2000), par. 21 et 26; *D. K. Jawara c. Gambie* (2000), par. 57-59 et 74; *Constitutional Rights Project c. Nigéria* (1999), par. 12-16; *Law Office of Ghazi Suleiman c. Soudan* (2003), par. 48-50 et 67; *K. Achuthan et Amnesty International (au nom de A. Banda, et O. et V. Chirwa) c. Malawi* (1994), par. 8-9 et 12.

⁹³ Par. 52-55.

odically (. . .). Persons suspected of committing any crime must be promptly charged with legitimate criminal offences and the State should initiate legal proceedings that should comply with fair trial standards as stipulated by the African Commission in its [1992] *Resolution on the Right to Recourse and Fair Trial* and elaborated upon in its [2003] *Guidelines on the Right to Fair Trial and Legal Assistance in Africa*.⁹⁴

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

“This provision should be read as including a general protection of all those who are subject to persecution, that they may seek refuge in another State. Article 12 (4) prohibits the arbitrary expulsion of such persons from the country of asylum. (. . .).” (Para. 30.)⁹⁶

120. In a case lodged with the Commission by the Union Interafricaine des droits de l’homme, Fédération internationale des ligues des droits de l’homme, Rencontre africaine des droits de l’homme, and Organisation nationale des droits de l’homme au Sénégal⁹⁷, on behalf of certain West African nationals expelled from Angola in 1996, the ACHPR, in deciding in favour of the complainants on 11 November 1997, pondered, after invoking Article 12 (4) of the Charter (para. 14), that:

“African States in general and the Republic of Angola in particular are faced with many challenges, mainly economic. In the face of such difficulties, States often resort to radical measures aimed at protecting their nationals and their economics from non-nationals. Whatever the circumstances may be, however, such measures should not be taken at the detriment of human rights. (. . .) By deporting

⁹⁴ Paragraph 56.

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

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

⁹⁷ Communication No. 159/96.

à une révision régulière ... les personnes soupçonnées de crime doivent être promptement inculpées et l'Etat devrait initier la procédure judiciaire en conformité avec les normes d'un procès équitable, telles que stipulées par la Commission africaine dans sa *Résolution [de 1992] sur la procédure relative au droit de recours et à un procès équitable* et tel qu'élaboré dans ses *Lignes directrices [de 2003] sur le droit à un procès équitable et l'assistance judiciaire en Afrique.*⁹⁴

119. La pratique de la Commission africaine en ce qui concerne l'interdiction de l'arbitraire ne se limite pas à l'article 6 interdisant l'arrestation et la détention arbitraires. Cette pratique s'étend naturellement à d'autres droits protégés par la Charte africaine, comme le droit de ne pas être expulsé arbitrairement d'un pays, prévu au paragraphe 4 de l'article 12 de la Charte: «L'étranger légalement admis sur le territoire d'un Etat partie à la présente Charte ne pourra en être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi.» A cet égard, en l'affaire *Organisation mondiale contre la torture, Association internationale des juristes démocrates, Commission internationale des juristes et Union interafricaine des droits de l'homme c. Rwanda* (1996)⁹⁵, la Commission africaine a précisé ce qui suit:

«Cette disposition devrait être interprétée comme prévoyant une protection générale pour tous ceux qui sont persécutés afin qu'ils puissent demander asile dans un autre pays. L'article 12 4) interdit que ces personnes soient arbitrairement expulsées vers leur pays d'origine ...» (Par. 30.)⁹⁶

120. Dans une affaire dont a connu la Commission à la demande de l'Union interafricaine des droits de l'homme, la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, la Rencontre africaine des droits de l'homme et l'Organisation nationale des droits de l'homme au Sénégal⁹⁷, au nom de certains nationaux ouest-africains expulsés de l'Angola en 1996, la CADHP, accueillant les demandes des plaignants le 11 novembre 1997, a déclaré, après avoir invoqué le paragraphe 4 de l'article 12 de la Charte (par. 14):

«les Etats africains en général et la République d'Angola en particulier sont confrontés à de nombreux défis, notamment économiques. Face à ces difficultés, les Etats prennent souvent des mesures radicales visant à protéger leurs ressortissants et leurs économies des étrangers. Quelles que soient les circonstances cependant, ces mesures ne devraient être prises au détriment de la jouissance des droits

⁹⁴ Par. 56.

⁹⁵ Communications n^{os} 27/89, 46/91, 49/91 et 99/93, jointes.

⁹⁶ Texte reproduit dans Institute for Human Rights and Development, *Compilation des décisions sur les communications de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples* (1994-2001), p. 324.

⁹⁷ Communication n^o 159/96.

the victims, thus separating some of them from their families, the defendant State has violated and violates the letter of this text.” (Paras. 16-17.)⁹⁸

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

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

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

123. Turning now to the jurisprudential construction of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) on the matter at issue, in the paradigmatic case of the “*Street Children*” (*Villagrán Morales and*

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

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

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

de l'homme ... En déportant les victimes, séparant ainsi certaines de leurs familles, l'Etat défendeur a violé et viole la lettre de ce texte.» (Par. 16-17.)⁹⁸

121. La Commission africaine a incorporé des mises en garde analogues dans ses décisions dans les affaires *Modise c. Botswana* (2000, par. 83-84), *Rencontre africaine pour la défense des droits de l'homme c. Zambie* (1997, par. 30-31), *K. Good c. République du Botswana* (2010, par. 206-208), *Institute for Human Rights and Development in Africa c. Angola* (2008, par. 65 et 69-70). Dans l'affaire susmentionnée introduite par la Rencontre africaine pour la défense des droits de l'homme, la Commission a jugé que les expulsions en cause violaient les articles 2, 7 et 12 de la Charte africaine, après avoir déclaré qu'«aucune des victimes n'[avait] eu la possibilité de saisir les juridictions zambiennes contre sa détention et subséquemment sa déportation»⁹⁹. Dans l'affaire *Modise*, la Commission a déclaré que la décision relative à l'autorisation de rester dans un pays «devrait toujours être prise conformément à une procédure juridique précise et juste» (par. 83). En d'autres termes, il ne suffit pas que les autorités de l'Etat se conforment à la loi, mais celle-ci doit être conforme à la Charte africaine et refléter les exigences fondamentales de la justice.

122. En l'affaire *Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers Committee for Human Rights et Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa c. Soudan* (1999), concernant la situation prévalant au Soudan entre 1989 et 1993, la CADHP a fait observer que l'article 6 devait être interprété de manière à ce que toute arrestation ne puisse avoir lieu «que dans l'exercice des pouvoirs normalement accordés aux forces de sécurité dans une société démocratique». A son avis, le libellé du décret en cause permettait d'arrêter des individus pour «des motifs vagues, sur la foi de soupçons, et non en raison d'actes prouvés» et cela n'était «pas conforme à l'esprit de la Charte africaine»; la Commission a jugé qu'il y avait eu «de sérieuses et constantes violations de l'article 6», entre autres dispositions de la Charte¹⁰⁰. Pour résumer, la position adoptée par la CADHP dans sa pratique est que l'interdiction de l'arbitraire vise non seulement le droit à la liberté personnelle, mais aussi d'autres droits protégés par la Charte africaine, comme, par exemple, le droit de ne pas être expulsé arbitrairement d'un pays.

4. La jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme

123. Pour passer maintenant à la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) sur la question qui nous intéresse, en l'affaire paradigmatique des «*Enfants des rues*» (*Villagrán Morales et*

⁹⁸ La Commission a déclaré que la déportation des victimes constituait une violation des articles 2, 7 1) a), 12 4) et 5), 14 et 18 de la Charte africaine.

⁹⁹ Par. 29-30 et dispositif de la décision de la Commission.

¹⁰⁰ Par. 59-60 et dispositif de la décision de la Commission.

Others v. Guatemala, merits, judgment of 19 November 1999), the IACtHR held, in respect of the prohibition of unlawful or arbitrary arrest (Article 7 (2) and (3) of the American Convention on Human Rights — ACHR), that no one can be subjected to arrest or imprisonment that, “although qualified as legal”, may be considered incompatible with fundamental human rights, for being, *inter alia*, “unreasonable, unforeseeable or out of proportion” (para. 131). This has become *jurisprudence constante* of the IACtHR¹⁰¹.

124. The IACtHR was soon to reiterate its position on the matter, in the *Bámaca Velásquez v. Guatemala* case (judgment of 25 November 2000, para. 139). Later on, applying the same criterion in the *Maritza Urrutia v. Guatemala* case (judgment of 27 November 2003, para. 65), the IACtHR found that the detention in the *cas d’espèce* had been carried out within the framework of a pattern of arbitrariness on the part of the agents of the State (paras. 69-70). Likewise, in the *Juan Humberto Sánchez v. Honduras* case (judgment of 7 June 2003), the IACtHR, after reiterating (para. 78) its aforementioned *obiter dictum*, found the detentions arbitrary, for having been effected within a framework of *abus de pouvoir* on the part of the State agents (para. 80).

125. In the case of the *Brothers Gómez Paquiyauri v. Peru* (judgment of 8 July 2004), the IACtHR established the arbitrariness of the detention, which had occurred within the framework of a systematic practice of human rights violations, with aggravating circumstances (paras. 88-89). In the *Massacre of Mapiripán* case, concerning Colombia (judgment of 15 September 2005), the IACtHR upheld that the deprivation of liberty had been effected in a *modus operandi* marked by arbitrariness, and other grave violations of human rights (paras. 136 and 138).

126. In the tragic case of *Bulacio*, concerning Argentina (judgment of 18 September 2003), the Court recalled that there are “material and formal requirements” (causes, cases or circumstances, as well as procedures, defined in law) that must be observed (under Article 7 of the American Convention) in applying a measure or punishment that involves imprisonment. Detainees have the right to “humane treatment” and to live in “conditions of detention that are compatible with their personal dignity” (paras. 125-126). The State, being responsible for detention centres, is “the guarantor of these rights of the detainees” (para. 126).

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

“State authorities exercise total control over persons under their

¹⁰¹ Cf., earlier on, in the same sense, IACtHR, case *Gangaram Panday v. Suriname*, judgment of 21 January 1994, para. 47; IACtHR case *Suárez Rosero v. Ecuador*, judgment of 12 November 1997, para. 43. And cf., subsequently, to the same effect, IACtHR, case *Acosta Calderón v. Ecuador*, judgment of 24 June 2005, para. 57; IACtHR, case *Palamara Iribarne v. Chile*, judgment of 22 November 2005, para. 215.

autres c. Guatemala, fond, arrêt du 19 novembre 1999), la CIDH a jugé, à propos de l'interdiction de l'arrestation illégale ou arbitraire (paragraphe 2 et 3 de l'article 7 de la convention américaine des droits de l'homme), que nul ne pouvait être arrêté ou incarcéré si cette arrestation ou cette incarcération, « bien que qualifiée de légale », pouvait être considérée comme incompatible avec les droits de l'homme fondamentaux, au motif qu'elle était, notamment, « déraisonnable, imprévisible ou disproportionnée » (par. 131). Cette déclaration est devenue jurisprudence constante de la CIDH¹⁰¹.

124. La CIDH devait bientôt réitérer sa position sur cette question dans l'affaire *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (arrêt du 25 novembre 2000, par. 139). Plus tard, appliquant le même critère dans l'affaire *Maritza Urrutia c. Guatemala* (arrêt du 27 novembre 2003, par. 65), la CIDH a jugé que la détention dans le cas d'espèce avait été effectuée dans le cadre d'un comportement arbitraire systématique de la part des agents de l'Etat (par. 69-70). De même, dans l'affaire *Juan Humberto Sánchez c. Honduras* (arrêt du 7 juin 2003), la CIDH, après avoir répété (par. 78) son *obiter dictum*, a déclaré les mises en détention arbitraires parce qu'elles avaient eu lieu dans le cadre d'un abus de pouvoir de la part des agents de l'Etat (par. 80).

125. En l'affaire *Frères Gómez Paquiyauri c. Pérou* (arrêt du 8 juillet 2004), la CIDH a établi le caractère arbitraire de la détention, qui avait été effectuée dans le cadre de violations systématiques des droits de l'homme, accompagnées de circonstances aggravantes (par. 88-89). Dans l'affaire du *Massacre de Mapiripán*, concernant la Colombie (arrêt du 15 septembre 2005), la CIDH a jugé que la privation de liberté s'était faite selon un *modus operandi* marqué par l'arbitraire et par d'autres graves violations des droits de l'homme (par. 136 et 138).

126. Dans la tragique affaire *Bulacio* concernant l'Argentine (arrêt du 18 septembre 2003), la Cour a rappelé qu'il existe « des exigences importantes et formelles » (causes, cas ou circonstances, procédure prévue par la loi) qui doivent être observées (au titre de l'article 7 de la convention américaine) en cas de sanction comportant l'incarcération. Les détenus ont droit à « un traitement humain » et le droit de vivre dans « des conditions de détention compatibles avec la dignité de la personne » (par. 125-126). L'Etat, qui est responsable des centres de détention, est « le garant des droits des détenus » (par. 126).

127. De plus, dans la même affaire *Bulacio*, la CIDH a jugé bon de dire :

« Les autorités de l'Etat exercent un contrôle total sur les person-

¹⁰¹ Voir les décisions antérieures de la CIDH allant dans le même sens : *Gangaram Panday c. Suriname*, arrêt du 21 janvier 1994, par. 47 ; *Suárez Rosero c. Equateur*, arrêt du 12 novembre 1997, par. 43. Voir aussi, ultérieurement : *Acosta Calderón c. Equateur*, arrêt du 24 juin 2005, par. 57 ; *Palamara-Iribarne c. Chili*, arrêt du 22 novembre 2005, par. 215.

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

128. At last, the Court added, in the *Bulacio* case, that detainees have likewise the right to be informed of the causes and reasons of detention "at the time it occurs", so as to prevent and avoid arbitrariness (para. 128). To this same effect, they are entitled to count on "immediate judicial control" of their detention (para. 129). They have the right to notify a third party that they are under "State custody" (para. 130), as well as to count on appropriate medical care (para. 131). In sum, detention centres "must meet certain minimum standards" that ensure respect for the aforementioned rights (para. 132), so as to prevent and avoid arbitrariness.

129. In the case of *Tibi v. Ecuador* (judgment of 7 September 2004), the IACtHR found the preventive detention at issue arbitrary, as there had been no sufficient indicia to presume that Mr. D. D. Tibi had been the perpetrator of, or an accomplice to, any delict, nor had it been established that such detention was needed (para. 107). The IACtHR deemed it "indispensable" to underline that the application of preventive detention, being a very severe measure:

"must be exceptional, since it is limited by the principles of lawfulness, presumption of innocence, necessity, and proportionality, indispensable in a democratic society" (para. 106).

130. In the adjudication by the IACtHR of the case *Tibi v. Ecuador*, I gathered some energy to include, in my separate opinion, a whole section (I) on "The Impact of Arbitrary Detention and of the Conditions of Incarceration on Human Conscience", wherein I deemed it fit to ponder:

"D. D. Tibi, like Josef K., was detained without knowing why. 'Somebody had slandered Josef K.' — wrote Franz Kafka at the very beginning of *The Trial* (*El Proceso*, 1925) — 'as without having done anything wrong he was detained one morning' (Chapter I). D. D. Tibi was more fortunate than banker Josef K., but they both suffered something incomprehensible, if not absurd. Josef K.

nes qui sont sous leur garde. Les conditions de traitement des détenus doivent faire l'objet de la plus étroite supervision, compte tenu de la vulnérabilité spéciale du détenu ... La vulnérabilité du détenu est d'autant plus grande lorsque la détention est illégale ou arbitraire. La personne est alors entièrement sans défense, ce qui entraîne un risque certain d'affaiblissement des autres droits, comme celui à un traitement humain et décent ... La Cour a souligné que la mise au secret du détenu devait être une mesure exceptionnelle, car elle entraîne des souffrances morales et des perturbations psychologiques et place le détenu dans une situation de vulnérabilité particulière et accroît le risque d'agression et d'arbitraire en milieu carcéral, en plus de compromettre l'observation stricte de la procédure régulière.» (Par. 126-127.)

128. Enfin, la Cour a ajouté, toujours dans l'affaire *Bulacio*, que les détenus avaient également le droit d'être informés des causes et des raisons de leur détention «au moment où elle se produisait», afin de prévenir et d'éviter l'arbitraire (par. 128). Dans ce même but, les détenus ont le droit de compter sur un «contrôle judiciaire immédiat» de leur détention (par. 129). Ils ont le droit d'informer une tierce partie qu'ils sont sous la «garde de l'Etat» (par. 130) et de compter sur des soins médicaux appropriés (par. 131). Bref, les centres de détention «doivent respecter certaines normes minimales» de nature à garantir le respect des droits susmentionnés (par. 132), afin de prévenir et d'éviter l'arbitraire.

129. Dans l'affaire *Tibi c. Equateur* (arrêt du 7 septembre 2004), la CIDH a jugé que la détention préventive en cause était arbitraire, au motif qu'il n'y avait pas suffisamment d'indices pour présumer que M. D. D. Tibi était l'auteur ou le complice d'une quelconque infraction, pas plus qu'il n'avait été établi qu'une telle détention était nécessaire (par. 107). La CIDH a jugé «indispensable» de souligner que l'application de la détention préventive, étant une mesure très sévère,

«d[evait] être exceptionnelle, étant donné qu'elle est limitée par les principes de légalité, de présomption d'innocence, de nécessité et de proportionnalité, indispensables dans une société démocratique» (par. 106).

130. Lors de l'examen par la CIDH de l'affaire *Tibi c. Equateur*, j'ai trouvé assez d'énergie pour inclure dans mon opinion individuelle une section complète (I) sur «l'incidence de la détention arbitraire et des conditions d'incarcération sur la conscience humaine», dans laquelle j'ai présenté les réflexions suivantes:

«D. D. Tibi, comme Joseph K., a été détenu sans savoir pourquoi. «On avait sûrement calomnié Joseph K.» — écrit Franz Kafka dans les premières phrases du *Procès* (1925) — «car, sans avoir rien fait de mal, il fut arrêté un matin» (chap. I). D. D. Tibi a été plus heureux que le banquier Joseph K., mais tous deux ont été victimes de quelque chose d'incompréhensible, voire d'absurde. Joseph K.,

could only await his summary execution, shortly before which he exclaimed: 'Where was the judge whom I never saw? Where was the high court before which I never appeared?' (Chapter X). From the beginning of the saga to its end, his efforts were futile in face of the arbitrariness of a cruelly virtual and despairing 'justice'.

D. D. Tibi was less unfortunate than Kafka's character, because he recovered his liberty and, also, he lives in a time in which, alongside the national courts (with their idiosyncrasies) there are also international human rights tribunals. The present Judgment which the Inter-American Court has just adopted, can contribute to the recovery of his faith in human justice. In his case, a portrait of daily life in the jails not only of Latin America but throughout the world, gives eloquent testimony of the insensitiveness, indifference, and irrationality of the world which surrounds us all.

Few testimonies of the suffering resulting from arbitrary detention have been so eloquently described as Antonio Gramsci's *célèbres Letters from the Prison* (1926-1936). In an even literary form, he wrote that, during the initial period of his detention, it already seemed to him that time was denser, as space no longer existed for him (. . .). When he took a train, after 10 years of detention (. . .), he experienced a 'terrible impression' when he saw that 'during this time the vast world had continued to exist with its meadows, its forests, the common people, the groups of children, certain trees' (. . .); he experienced a terrible impression especially when he saw himself in the mirror after so much time¹⁰².

Three decades before Gramsci, in the late nineteenth century, Oscar Wilde gave to the history of universal thought his own personal testimony of the suffering caused by his incarceration, in his renowned *De Profundis* (1897). From the Reading prison, he wrote that, for those unfairly detained, 'there is only one season, the season of *sorrow*. (. . .) And in the sphere of *thought* no less than in the sphere of time, motion is no more'¹⁰³.

It is possible that the *étranger* D. D. Tibi experienced the same feeling as the *étranger* Mersault; that matters pertaining to the detention and the process were treated 'leaving aside' the detainee, reflecting the 'tender indifference' of the outside world (Chapters IV-V). As for Gramsci, almost the only thing left to the *étranger* of Albert Camus (*L'étranger*, 1949) was the passing of time; as 'light and shadows alternated', it was 'the same day ceaselessly passing in the cell', and the worst hour was when 'the noise of the night came from all the floors of the prison in an entourage of silence' (Chapter II).

¹⁰² Antonio Gramsci, *Cartas do Cárcere*, Rio de Janeiro, Edit. Civilização Brasileira, 1966 (reed.), pp. 135-136 and 370.

¹⁰³ Oscar Wilde, *De Profundis*, Madrid, Ed. Siruela, 2000 (repr.), p. 54.

réduit à attendre son exécution sommaire, se fit, avant d'être exécuté, les réflexions suivantes : «Où était le juge qu'il n'avait jamais vu? Où était la haute cour à laquelle il n'était jamais parvenu?» (chap. X). Du début à la fin, ses efforts sont futiles face à l'arbitraire d'une «justice» cruellement virtuelle et désespérante.

D. D. Tibi a été moins malheureux que le personnage de Kafka, parce qu'il a recouvré la liberté mais aussi parce qu'il vit à une époque où, en plus des tribunaux nationaux (ayant chacun leur mode de fonctionnement), il existe des tribunaux internationaux des droits de l'homme. Le présent arrêt de la Cour interaméricaine peut contribuer à lui faire retrouver foi dans la justice humaine. Dans son cas, le portrait de la vie quotidienne dans les prisons d'Amérique latine, mais aussi du monde entier, témoigne de façon éloquente de l'insensibilité, de l'indifférence et de l'irrationalité du monde qui est le nôtre.

Il existe peu de témoignages aussi éloquents des souffrances causées par la détention arbitraire que les célèbres *Lettres de prison* d'Antonio Gramsci (1926-1936). Dans une forme littéraire marquée au coin de l'équanimité, il écrit que dès le début de sa détention le temps lui avait paru plus dense, et l'espace inexistant ... Un voyage en train après dix années de détention ... lui laissa une «impression terrible», parce qu'il vit que «pendant tout ce temps le vaste monde avait continué à exister, avec ses champs, ses forêts, les gens de la rue, les groupes d'enfants, certains arbres» ...; l'impression fut particulièrement terrible lorsqu'il vit son visage dans un miroir après une si longue période¹⁰².

Trois décennies avant Gramsci, à la fin du XIX^e siècle, Oscar Wilde donnait à l'histoire de la pensée universelle, dans son célèbre *De profundis* (1897), un témoignage personnel sur la souffrance causée par l'emprisonnement. De la prison de Reading, il écrivit que, pour ceux qui sont injustement détenus, «il n'est qu'une seule saison : la saison de la douleur ... Et dans le domaine de la *pensée*, non moins que dans celui du temps, le mouvement n'existe plus.»¹⁰³

Il est possible que l'étranger D. D. Tibi ait ressenti, comme l'étranger Meursault, que tout ce qui concernait sa détention et son procès se déroulait «sans [son] intervention», ce qui reflétait la «tendre indifférence» du monde extérieur (chap. IV-V). Comme pour Gramsci, tout ce qui restait à l'étranger de Camus (*L'étranger*, 1949) était le passage du temps ; au fil de «l'alternance de la lumière et de l'ombre», c'était «sans cesse le même jour qui déferlait dans [sa] cellule» et l'heure la plus terrible était celle où «les bruits du soir montaient de tous les étages de la prison dans un cortège de silence» (chap. II). Meursault aussi

¹⁰² A. Gramsci, *Lettres de prison*, http://classiques.uqac.ca/classiques/gramsci_antonio/lettres_de_prison/lettres_de_prison.html.

¹⁰³ Oscar Wilde, *De profundis*, Le livre de poche classique, Paris, 2000, p. 110.

Mersault also had only the memories of a life that no longer belonged to him (Chapter IV). For him, all days passed ‘watching, in their face, the decline of the colours that lead from day to night’, the latter being ‘like a melancholic truce’ (Chapter V).

.....

In writing on his conditions of detention and his efforts to flee both the suffering and the degeneration of the spirit, Oscar Wilde, referring to the ‘*Zeitgeist* of a heartless period’, reflected that time and space are ‘mere accidental conditions of thought’, and that, in prison, what he had before him was only his past.¹⁰⁴ (. . .) This is an evil that knows no borders, and one that reflects the indifference and brutalization of the world around us. Today, the characters of Kafka and Camus are dispersed and forgotten in prisons of all continents. Many of the detainees are innocent, and those who are not, having been aggressors, become new victims. Their survival no longer has a spatial dimension, and the temporal one is what they may, perhaps, fathom in the hidden depths of their inner life. Anyhow, their life, in relation to the others, no longer belongs to them. And they survive in closer and closer intimacy with evil and with the overwhelming brutalization imposed on them. The law cannot remain indifferent to all this, to the indifference of the world, in particular in the pathetically self-named ‘post-modern’ societies.

As a matter of fact, abuses of detention and against the detainees are not a recent phenomenon. In his classical work *Of Crimes and Punishments* (1764), Cesare Beccaria warned about the fact that ‘the punishment is often greater than the crime’, and the ‘refined ordeals’ conceived by human intellect ‘seem to have been invented by tyranny rather than by justice’¹⁰⁵. With the passing of time, the need for administrative and legislative as well as judicial control (endowed with particular importance) and supervision of the conditions of detention were reckoned — a control which was transposed from the domestic law level to that of international law in the mid-twentieth century.

.....

As the judgment of the Inter-American Court in the present case of *Tibi v. Ecuador* reveals, the law comes to protect also those who are forgotten in prison, in the ‘house of the dead’ so lucidly denounced in the nineteenth century by Dostoyevsky. The aforementioned reaction of the law, both *ratione personae* and *ratione materiae*, indicates that human conscience has awakened to the pressing need and aim of decisively putting an end to the scourges of

¹⁰⁴ *De Profundis*, *op. cit.* supra note 103, pp. 113 and 127.

¹⁰⁵ Cesare Beccaria, *De los Delitos y de las Penas* (with comments by Voltaire), 11th repr., Madrid, Alianza Ed., 2000, p. 129, and cf. p. 149.

n'avait que les souvenirs d'une vie qui ne lui appartenait plus (chap. IV). Pour lui, tous les jours passaient «à regarder, sur le visage [du ciel], le déclin des couleurs qui conduit le jour à la nuit», la nuit qui était «comme une trêve mélancolique» (chap. V).

.....

A propos de ses conditions de détention et de ses efforts pour fuir la souffrance et la dégradation de l'esprit, Oscar Wilde parle du «*Zeitgeist* d'une époque sans âme» et écrit que le temps et l'espace ne sont que «des conditions accidentelles de la pensée» et qu'en prison il n'a plus devant lui que son passé¹⁰⁴ ... C'est un mal qui ne connaît pas de frontières et qui reflète le monde indifférent et de plus en plus brutal qui nous entoure. Aujourd'hui, les personnages de Kafka et de Camus sont dispersés et oubliés dans les prisons de tous les continents. Un grand nombre de ces détenus sont innocents et ceux qui ne le sont pas, d'agresseurs qu'ils étaient, sont devenus victimes. Leur survie n'a plus de dimension spatiale et la dimension temporelle est peut-être la seule qu'ils puissent sonder dans les profondeurs cachées de leur vie intérieure. Quoi qu'il en soit, leur vie avec les autres ne leur appartient plus et ils survivent en intimité de plus en plus étroite avec le mal et avec la brutalité écrasante qui pèse sur eux. Le droit ne saurait demeurer indifférent à tout cela, à cette indifférence du monde, en particulier dans les sociétés qui se désignent pathétiquement elles-mêmes comme «post-modernes».

En réalité, les détentions injustes et les abus contre les détenus ne sont pas un phénomène récent. Dans son œuvre classique sur le crime et le châtement (1764), Cesare Beccaria dit que le châtement dépasse souvent le crime et que les peines infamantes conçues par l'intelligence humaine semblent avoir été inventées par la tyrannie plutôt que par la justice¹⁰⁵. Avec le temps, la nécessité du contrôle administratif et législatif aussi bien que judiciaire (particulièrement important) et de la supervision des conditions de détention a été reconnue — contrôle qui a été transposé du domaine du droit interne à celui du droit international au milieu du XX^e siècle.

.....

Ainsi que le révèle l'arrêt de la Cour interaméricaine dans la présente affaire *Tibi c. Equateur*, le droit protège maintenant aussi ceux qui sont oubliés en prison, dans la «maison des morts» dénoncée avec tant de lucidité au XIX^e siècle par Dostoïevski. La réaction du droit évoquée plus haut, tant *ratione personae* que *ratione materiae*, indique que la conscience humaine s'est éveillée à la nécessité pressante et à l'objectif de mettre résolument fin au fléau de la détention

¹⁰⁴ *De profundis*, op. cit. supra note 103, p. 188, 205-206.

¹⁰⁵ Cesare Beccaria, *Traité des délits et des peines*, http://classiques.uqac.ca/classiques/beccaria/traite_delits_et_peines/traite_delits_et_peines.html.

arbitrary detention (. . .). A role of major relevance is here exercised by the general principles of law. With that, there is reason to nourish the hope that the D. D. Tibis, the Joseph K.s, and the Mersaults, will gradually diminish in number, until they no longer suffer in the prisons of the ‘post-modern’, insensitive, indifferent and brutalized world in which we live.”¹⁰⁶

5. *The Jurisprudential Construction of the European Court of Human Rights*

131. For its part, on the matter at issue, the European Court of Human Rights, in finding (para. 54) a breach of Article 5 (1) of the European Convention of Human Rights, for example, in its judgment (of 25 June 1996) in the case of *Amuur v. France*, pointed out that that provision on the right to liberty was meant to ensure that no one should be dispossessed of liberty in an arbitrary way (para. 42). Any such deprivation of liberty — the European Court of Human Rights added in the *Amuur* case:

“should be in keeping with the purpose of Article 5, namely, to protect the individual from arbitrariness (. . .). Where a national law authorizes deprivation of liberty — especially in respect of a foreign asylum-seeker — it must be sufficiently accessible and precise, in order to avoid all risk of arbitrariness. These characteristics are of fundamental importance with regard to asylum-seekers at airports, particularly in view of the need to reconcile the protection of fundamental rights with the requirements of States’ immigration policies” (para. 50).

132. Seventeen years earlier, in the *Winterwerp v. The Netherlands* case (judgment of 24 October 1979), the European Court of Human Rights found no violation of Article 5 (1) of the European Convention of Human Rights (para. 52), as the delay at issue had not involved an arbitrary deprivation of liberty in the case, and the detention had been effected, in its view, “in accordance with a procedure prescribed by law” (paras. 49-50). Yet, the European Court of Human Rights deemed it fit to express its view that:

“the words ‘in accordance with a procedure prescribed by law’ essentially refer back to domestic law (. . .). However, the domestic law must itself be in conformity with the Convention. (. . .). [A]ny measure depriving a person of his liberty should issue from and be executed by an appropriate authority and should not be arbitrary.” (Para. 45.)

¹⁰⁶ IACtHR, case of *Tibi v. Ecuador* (judgment of 7 September 2004), separate opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, paras. 2-6, 9, 12-13 and 36.

arbitraire ... Les principes généraux du droit jouent ici un rôle majeur. Grâce à eux, nous pouvons nourrir l'espoir que les D. D. Tibi, Joseph K. et Meursault diminueront peu à peu en nombre, jusqu'à ce qu'aucun ne souffre plus dans les prisons d'un monde «post-moderne» insensible, indifférent et brutal.»¹⁰⁶

5. *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*

131. Pour sa part, s'agissant de la question que nous examinons, la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle a jugé (par. 54) qu'il y avait eu violation du paragraphe 1 de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par exemple dans son arrêt (du 25 juin 1996) en l'affaire *Amuur c. France*, a déclaré que cette disposition concernant le droit à la liberté visait à garantir que nul ne puisse être dépouillé de ce droit arbitrairement (par. 42). Selon la Cour européenne :

«la Convention exige ... la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5 (art. 5): protéger l'individu contre l'arbitraire ... Pareille qualité implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté — surtout lorsqu'il s'agit d'un demandeur d'asile — soit suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire. Ces caractéristiques revêtent une importance fondamentale dans le domaine des demandeurs d'asile dans les aéroports, compte tenu notamment de la nécessité de concilier la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique de l'immigration des Etats.» (Par. 50.)

132. Dix-sept ans auparavant, dans l'affaire *Winterwerp c. Pays-Bas* (arrêt du 24 octobre 1979), la Cour européenne a jugé que le paragraphe 1 de l'article 5 de la convention n'avait pas été violé (par. 52), étant donné que le retard en cause n'avait pas entraîné une privation arbitraire de la liberté et que la détention avait, selon elle, «eu lieu «selon les voies légales»» (par. 49-50). La Cour européenne n'en a pas moins jugé utile d'exprimer le point de vue suivant :

«les mots «selon les voies légales» se réfèrent pour l'essentiel à la législation nationale ... Toutefois, il faut que le droit interne se conforme lui-même à la Convention ... [T]oute mesure privative de liberté doit émaner d'une autorité qualifiée, être exécutée par une telle autorité et ne pas revêtir un caractère arbitraire.» (Par. 45.)

¹⁰⁶ CIDH, *Tibi c. Equateur*, arrêt du 7 septembre 2004, opinion individuelle du juge A. A. Cançado Trindade, par. 2-6, 9, 12-13 et 36.

133. In the *Saadi v. United Kingdom* case, the Chamber of the European Court of Human Rights considered (judgment of 11 July 2006) the Applicant's claims of arbitrariness, and in particular that "there should be a 'necessity' test" for detention (para. 46); this latter "must be compatible with the overall purpose of Article 5, which is to protect the individual from arbitrariness" (para. 40). The case was then referred to the Grand Chamber of the European Court of Human Rights, which, though endorsing the finding that there had been no breach of Article 5 (1) in the case (but rather a breach of Article 5 (2) — judgment of 29 January 2008), elaborated further on the notion of arbitrariness.

134. In this new judgment, of 2008, in the *Saadi* case, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights, besides invoking the principle of *bona fides* (on the part of the national authorities — paras. 74 and 77), warned that simple compliance with national law was "not sufficient", as:

"the notion of 'arbitrariness' in Article 5 (1) extends beyond lack of conformity with national law, so that a deprivation of liberty may be lawful in terms of domestic law but still arbitrary and thus contrary to the Convention. (. . .). The notion of arbitrariness in the context of Article 5 varies to a certain extent depending on the type of detention involved (. . .).

One general principle established in the case law is that detention will be 'arbitrary' where, despite complying with the letter of national law, there has been an element of bad faith or deception on the part of the authorities (. . .). The condition that there be no arbitrariness further demands that both the order to detain and the execution of the detention must genuinely conform with the purpose of the restrictions permitted by the relevant subparagraph of Article 5 (1) (. . .).

The notion of arbitrariness (. . .) also includes an assessment whether detention was necessary to achieve the stated aim. The detention of an individual is such a serious measure that it is justified only as a last resort where other, less severe measures have been considered and found to be insufficient to safeguard the individual or public interest which might require that the person concerned be detained (. . .). The principle of proportionality further dictates that where detention is to secure the fulfillment of an obligation provided by law, a balance must be struck between the importance in a democratic society of securing the immediate fulfillment of the obligation in question, and the importance of the right to liberty (. . .)." (Paras. 67-70.)

135. Earlier on, in the *Baranowski v. Poland* case (judgment of

133. Dans l'affaire *Saadi c. Royaume-Uni*, la chambre de la Cour européenne a examiné (arrêt du 11 juillet 2006) le grief d'arbitraire du requérant et a jugé en particulier que «pareille détention doit satisfaire à un critère de «nécessité»» (par. 46); la détention «doit être compatible avec l'objet global de l'article 5, qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire» (par. 40). L'affaire a été déférée devant la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, qui, tout en faisant sienne la conclusion selon laquelle il n'y avait pas eu violation du paragraphe 1 de l'article 5 dans l'affaire (mais plutôt violation du paragraphe 2 de cet article — arrêt du 29 janvier 2008), a développé sa pensée sur la notion d'arbitraire.

134. Dans ce nouvel arrêt, de 2008, sur l'affaire *Saadi*, la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, en plus d'invoquer le principe de bonne foi (de la part des autorités nationales — par. 74 et 77), a indiqué que le seul respect du droit interne n'était «pas suffisant», étant donné que :

«[L]a notion d'«arbitraire» que contient l'article 5, paragraphe 1, va au-delà du défaut de conformité avec le droit national, de sorte qu'une privation de liberté peut être régulière selon la législation interne tout en étant arbitraire et donc contraire à la Convention ... la notion d'arbitraire dans le contexte de l'article 5 varie dans une certaine mesure suivant le type de détention en cause.

D'après l'un des principes généraux consacrés par la jurisprudence, une détention est «arbitraire» lorsque, même si elle est parfaitement conforme à la législation nationale, il y a eu un élément de mauvaise foi ou de tromperie de la part des autorités ... La condition d'absence d'arbitraire exige par ailleurs que non seulement l'ordre de placement en détention mais aussi l'exécution de cette décision cadrent véritablement avec le but des restrictions autorisées par l'alinéa pertinent de l'article 5, paragraphe 1.

La notion d'arbitraire ... implique également que l'on recherche si la détention était nécessaire pour atteindre le but déclaré. La privation de liberté est une mesure si grave qu'elle ne se justifie qu'en dernier recours, lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention ... En outre, le principe de proportionnalité veut que, lorsque la détention vise à garantir l'exécution d'une obligation prévue par la loi, un équilibre soit ménagé entre la nécessité dans une société démocratique de garantir l'exécution immédiate de l'obligation dont il s'agit et l'importance du droit à la liberté ...» (Par. 67-70.)

135. Dans une affaire antérieure, l'affaire *Baranowski c. Pologne* (arrêt

28 March 2000), in establishing a breach of Article 5 (1) and (4) of the European Convention of Human Rights (paras. 58, 77 and 86), the European Court of Human Rights reiterated the obligation to conform the substantive and procedural rules of domestic law (under Article 5 (1) of the Convention — para. 50). Furthermore, it found an absence, in the domestic law at issue, of “any precise provisions” laying down whether “detention ordered for a limited period at the investigation stage could properly be prolonged at the stage of the court proceedings”; this, in the Court’s view, did not satisfy the test of “foresee ability” (para. 55). It then stressed that:

“for the purposes of Article 5 (1) of the Convention, detention which extends over a period of several months and which has not been ordered by a court or by a judge or any other person ‘authorized (. . .) to exercise judicial power’ cannot be considered ‘lawful’ in the sense of that provision” (para. 57).

136. The prohibition of arbitrariness has been upheld by the European Court of Human Rights not only in respect of the right to personal liberty (Article 5), but also in relation to other rights protected under the European Convention. Thus, in a triad of cases: *Boultif v. Switzerland* (Chamber’s judgment of 2 August 2001, para. 46), *Uner v. The Netherlands* (Grand Chamber’s judgment of 18 October 2006, para. 57), and *Maslov v. Austria* (Grand Chamber’s judgment of 23 June 2008, para. 69), the European Court of Human Rights took the care to elaborate on, and to establish the criteria to be pursued in assessing whether an expulsion measure was “necessary” (a “pressing social need”) in a democratic society, and proportionate to the “legitimate aim pursued”, so as to avoid and to discard arbitrariness.

137. In the triad of the *Al-Nashif* cases (Chamber’s judgment of 20 June 2002, paras. 119 and 121), *Musa and Others* (Chamber’s judgment of 11 January 2007), and *Bashir and Others* (Chamber’s judgment of 14 June 2007, para. 41), the three concerning Bulgaria, the respective Chambers of the European Court, bearing Article 8 (right to respect for private and family life) of the European Convention of Human Rights in mind, warned that, when fundamental rights are at stake, domestic law would run against the rule of law (*la prééminence du droit*) if the margin of appreciation left to the Executive knew of no limits; domestic law should thus provide sufficient guarantees against arbitrariness. In the *Al-Nashif* case, it added that the phrase “in accordance with the law” implied that the legal basis ought to be “accessible” and “foreseeable”, and that “there must be a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by the Convention” (para. 119), even in case of an interpretation of “national security measures” which turns out to be “unlawful or contrary to common sense and arbitrary” (paras. 123-124).

138. The same warning against such an interpretation of “national

du 28 mars 2000), jugeant que les paragraphes 1 et 4 de l'article 5 de la convention européenne des droits de l'homme (par. 58, 77 et 86) avaient été violés, la Cour européenne a rappelé l'obligation d'observer dans le droit interne les normes de fond comme de procédure (paragraphe 1 de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales — par. 50). En outre, la Cour a constaté l'absence, dans le droit interne concerné, «de toute disposition précise» indiquant si «la détention ordonnée pour une période limitée au stade de l'enquête pouvait être régulièrement prolongée au stade de la procédure judiciaire»; de l'avis de la Cour, pareille absence ne satisfaisait pas au critère de «prévisibilité» (par. 55). La Cour a ensuite souligné :

«qu'aux fins de l'article 5, paragraphe 1, de la Convention, la détention qui s'étend sur une période de plusieurs mois et qui n'a pas été ordonnée par un tribunal ou par un juge ou par toute autre personne «habilitée ... à exercer des fonctions judiciaires» ne saurait être considérée comme «régulière» au sens de cette disposition» (par. 57).

136. L'interdiction de l'arbitraire a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme non seulement en ce qui concerne le droit à la liberté de la personne (art. 5), mais également à l'égard d'autres droits protégés par la convention européenne. Ainsi, dans les trois affaires *Boultif c. Suisse* (arrêt de la chambre du 2 août 2001, par. 46), *Uner c. Pays-Bas* (arrêt de la Grande chambre du 18 octobre 2006, par. 57) et *Maslov c. Autriche* (arrêt de la Grande chambre du 23 juin 2008, par. 69), la Cour européenne des droits de l'homme a pris la peine de développer sa réflexion et d'établir les critères à appliquer pour évaluer si une mesure d'expulsion était «nécessaire» (un «besoin social pressant») dans une société démocratique, et proportionnée au «but légitime poursuivi», afin d'éviter et d'écarter tout arbitraire.

137. Dans les trois affaires *Al-Nashif* (arrêt de la chambre du 20 juin 2002, par. 119 et 121), *Musa et autres* (arrêt de la chambre du 11 janvier 2007) et *Bashir et autres* (arrêt de la chambre du 14 juin 2007, par. 41), concernant toutes trois la Bulgarie, les chambres respectives de la Cour européenne, ayant à l'esprit l'article 8 de la convention européenne (droit au respect de la vie privée et de la vie familiale), ont déclaré que, lorsqu'il s'agissait de questions touchant aux droits fondamentaux, le droit interne irait à l'encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limites; en conséquence, le droit interne devait fournir des garanties suffisantes contre l'arbitraire. Dans l'affaire *Al-Nashif*, la chambre a ajouté que les mots «prévue par la loi» signifiaient que la base juridique devait être «accessible» et «prévisible» et qu'il devait exister une protection juridique contre l'intervention arbitraire des autorités publiques à l'égard des droits garantis par la convention» (par. 119), même lorsque l'interprétation des «mesures de sécurité nationale» se révélait «illégal, ou contraire au sens commun et arbitraire» (par. 123-124).

138. La Cour européenne des droits de l'homme a réitéré sa mise en

security” measures was reiterated by the European Court of Human Rights in the case of *C.G. and Others v. Bulgaria* (Chamber’s judgment of 24 April 2008). In the aforementioned *Musa and Others* case, the European Court of Human Rights further warned against “un acte administratif non motivé, délivré en dehors de toute procédure contradictoire et non susceptible de recours” (para. 60). The Court has expressed its concern also in relation to domestic policies on immigration and residence (as in, e.g., the case of *Berrehab v. The Netherlands*, judgment of 21 June 1988, paras. 28-29).

139. In the same line of reasoning, in the case of *Lupsa v. Romania* (Chamber’s judgment of 8 June 2006), the European Court of Human Rights reiterated the ponderation sedimented in its *jurisprudence constante* on this matter, to the effect that:

“the expression ‘in accordance with the law’ requires firstly that the impugned measure should have a basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, requiring that it be accessible to the persons concerned and formulated with sufficient precision to enable them — if need be, with appropriate advice — to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.

Admittedly, in the particular context of measures affecting national security, the requirement to foresee ability cannot be the same as in many other fields (. . .). Nevertheless, domestic law must afford a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights guaranteed by the Convention. In matters affecting fundamental rights it would be contrary to the rule of law, one of the basic principles of a democratic society enshrined in the Convention, for a legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power (. . .). The existence of adequate and effective safeguards against abuse, including in particular procedures for effective scrutiny by the courts, is all the more important since a system of secret surveillance designed to protect national security entails the risk of undermining or even destroying democracy on the grounds of defending it (. . .).” (Paras. 32-34.)

6. General Assessment

140. The interpretation of the UN Covenant on Civil and Political Rights by the Human Rights Committee, and of the African Charter on Human and Peoples’ Rights by the African Commission on Human and Peoples’ Rights, as well as the jurisprudential construction of the Inter-American and the European Courts of Human Rights, point towards a firm prohibition of arbitrariness in distinct circumstances. It is by no means restricted to the right to personal liberty. It extends likewise to other protected rights under the respective human rights treaties or conventions.

141. It covers likewise, of course, the right not to be expelled arbitrar-

garde contre une telle interprétation des mesures de «sécurité nationale» dans l'affaire *C. G. et autres c. Bulgarie* (arrêt de la chambre du 24 avril 2008). Dans l'affaire *Musa et autres* déjà mentionnée, la Cour européenne a mis en garde contre «un acte administratif non motivé, délivré en dehors de toute procédure contradictoire et non susceptible de recours» (par. 60). La Cour a également exprimé sa préoccupation à l'égard des politiques intérieures en matière d'immigration et de résidence (comme par exemple dans l'affaire *Berrehab c. Pays-Bas*, arrêt du 21 juin 1988, par. 28-29).

139. Selon le même raisonnement, dans l'affaire *Lupsa c. Roumanie* (arrêt de la chambre du 8 juin 2006), la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé sa jurisprudence constante sur cette question :

«les mots «prévues par la loi» veulent d'abord que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais ils ont trait aussi à la qualité de la loi en question: ils exigent l'accessibilité de celle-ci aux personnes concernées et une formulation assez précise pour leur permettre, en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés, de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé.

Certes, dans le contexte particulier des mesures touchant à la sécurité nationale, l'exigence de prévisibilité ne saurait être la même qu'en maints autres domaines ... Néanmoins, le droit interne doit offrir une protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la Convention. Lorsqu'il s'agit de questions touchant aux droits fondamentaux, la loi irait à l'encontre de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique consacrés par la Convention, si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limites ... En effet, l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus, dont notamment celle de procédures de contrôle efficace par le pouvoir judiciaire, est d'autant plus nécessaire que, sous le couvert de défendre la démocratie, de telles mesures risquent de la saper, voire de la détruire...» (Par. 32-34.)

6. *Appréciation générale*

140. L'interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies par le Comité des droits de l'homme et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi que la jurisprudence établie par les Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme, convergent vers une interdiction de l'arbitraire dans différentes circonstances. Cette interdiction ne se limite pas du tout au droit à la liberté de la personne, mais s'étend également à d'autres droits protégés par les traités et conventions relatifs aux droits de l'homme.

141. Cette interdiction de l'arbitraire concerne également, bien entendu,

ily from a country, the right to a fair trial, the right to respect for private and family life, the right to an effective remedy, or any other protected right. This is, epistemologically, the correct posture in this respect, given the interrelatedness and indivisibility of all human rights. To attempt to advance a restrictive view of the prohibition of arbitrariness, or an atomized approach to it, would be wholly unwarranted. And it would run against the outlook correctly pursued by international human rights supervisory organs such as the UN Human Rights Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights, and by international human rights tribunals such as the Inter-American and the European Courts.

142. Human nature being what it is, everyone needs to guard protection against arbitrariness on the part of State authorities. In a wider horizon, human beings need protection ultimately against themselves, in their relations with each other. There is hardly any need to require an express provision to the effect of prohibiting arbitrariness in respect of distinct rights, or else to require the insertion of the adjective "arbitrary" in distinct provisions, in order to enable the exercise of protection against arbitrariness, in any circumstances, under human rights treaties. The letter together with the spirit of those provisions under human rights treaties, converge in pointing to the same direction: the absolute prohibition of arbitrariness, under the international law of human rights as a whole. Underlying this whole matter is the imperative of access to justice *lato sensu*, the *right to the Law* (*le droit au Droit, el derecho al Derecho*), the right to the realization of justice in a democratic society.

VII. THE MATERIAL CONTENT OF THE PROTECTED RIGHTS

143. Relevant elements of the practice of the UN Human Rights Committee (its General Comments, as well as its views or decisions on individual communications or petitions) can here be recalled, for the determination of the *material content* of the vindicated and protected rights under the Covenant on Civil and Political Rights in the present *Diallo* case, namely, the right to liberty and security of person, the right not to be expelled from a State without a legal basis, and the right not to be subjected to mistreatment. In a subsequent section (VIII, *infra*) I shall cover the jurisprudential construction of the right to information on consular assistance in the conceptual universe of human rights.

144. Under the present section, may I begin by pointing out that, in the course of the previous examination of the vindication of the protected rights in the present case (III, *supra*), reference was made to a couple of views or decisions of the Human Rights Committee on individual communications or petitions. This is an adequate stage of the present separate opinion to return to that point, with attention turned to the material

le droit de ne pas être expulsé arbitrairement d'un pays, le droit à un procès équitable, le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale, le droit à un recours effectif ou tout autre droit protégé. Du point de vue épistémologique, c'est la position appropriée à cet égard, étant donné les liens qui existent entre tous les droits de l'homme et leur caractère indivisible. Tenter d'avancer un point de vue restrictif sur l'interdiction de l'arbitraire, ou une approche fragmentaire, serait tout à fait injustifié et irait à l'encontre de la perspective qui a été adoptée à juste titre par les organes internationaux de surveillance des droits de l'homme comme le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, et par les tribunaux internationaux des droits de l'homme comme les Cours interaméricaine et européenne.

142. La nature humaine étant ce qu'elle est, tous ont besoin de préserver la protection contre l'arbitraire des autorités de l'Etat. Dans une perspective plus large, les êtres humains ont besoin d'être protégés en définitive contre eux-mêmes, dans leurs relations les uns avec les autres. Nul n'est besoin d'exiger l'adoption d'une disposition expresse pour interdire l'arbitraire à l'égard de certains droits, ou de demander que soit inséré l'adjectif « arbitraire » dans certaines dispositions pour permettre l'exercice de la protection contre l'arbitraire en toutes circonstances, en vertu des traités des droits de l'homme. La lettre comme l'esprit de ces dispositions des traités relatifs aux droits de l'homme pointent dans la même direction : l'interdiction absolue de l'arbitraire, au titre du droit international des droits de l'homme dans son ensemble. Toute cette question repose sur l'impératif d'accès à la justice au sens large, du *droit au droit*, du droit à la réalisation de la justice dans une société démocratique.

VII. LE CONTENU MATÉRIEL DES DROITS PROTÉGÉS

143. Il convient de rappeler ici les éléments pertinents de la pratique du Comité des droits de l'homme des Nations Unies (ses observations générales, ainsi que ses constatations ou décisions sur des communications ou des requêtes), pour déterminer le *contenu matériel* des droits défendus et protégés par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, à savoir le droit à la liberté et à la sécurité de la personne, le droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique et le droit de ne pas être soumis à de mauvais traitements. Dans une section ultérieure (VIII, *infra*), j'examinerai la construction jurisprudentielle du droit à l'information sur l'assistance consulaire dans l'univers conceptuel des droits de l'homme.

144. Je rappellerai d'abord ici que, dans l'examen que j'ai fait de la défense des droits protégés en l'espèce (sect. III, *supra*), j'ai fait référence à quelques constatations ou décisions du Comité des droits de l'homme sur des communications ou requêtes. Il est maintenant opportun de revenir à ce point à propos du contenu matériel de ces droits, soit pour souligner la pertinence de ces constatations ou décisions pour le cas d'espèce,

content of those rights, and either to stress the pertinence of such views or decisions aforementioned for the *cas d'espèce*, or else to bring to the fore other views or decisions of the Committee not yet referred to, which may have pertinence to the present purposes.

1. *The Right to Liberty and Security of Person*

145. In the course of the preceding examination of the present case, reference was made to a couple of views or decisions of the Human Rights Committee on individual communications or petitions. May I return to this point now, either stressing the pertinence of such decisions already mentioned for the *cas d'espèce*, or else bringing to the fore other decisions by the Committee not yet referred to, likewise pertinent to the present purposes.

146. As to Article 9 of the Covenant (right to liberty and security of person), attention may be drawn, e.g., to two leading cases, namely, those of *Adolfo Drescher Caldas v. Uruguay* (1983) and of *Mukong v. Cameroon* (1994). In the former case, the petitioner had been kept *incommunicado* under detention for six weeks, without the possibility of petitioning for a *habeas corpus*, and was subsequently charged before a military judge. The Committee found a breach of Article 9 (4) of the Covenant for lack of recourse to *habeas corpus*, and reasoned that:

“Article 9 (2) of the Covenant requires that anyone who is arrested shall be informed sufficiently of the reasons for his arrest to enable him to take immediate steps to secure his release if he believes that the reasons given are invalid or unfounded. It is the view of the Committee that it was not sufficient simply to inform Adolfo Drescher Caldas that he was being arrested under the prompt security measures without any indication of the substance of the complaint against him.” (Para. 13.2.)

147. And, later on, in the *Mukong v. Cameroon* case (1994), the Committee found that the Respondent State had arbitrarily deprived the petitioner of his freedom, in violation, *inter alia*, of Article 9 (1) of the CCPR; the Committee noted that the mere fact that a State party had complied with its domestic law did not mean that the arrest and detention of an individual was not arbitrary (para. 9.8). Moreover, in its General Comment No. 8, of 1982, on the *Right to Liberty and Security of Person* (Article 9 of the Covenant), the Human Rights Committee pondered that Article 9:

“has often been somewhat narrowly understood in reports by States parties, and they have therefore given incomplete information. The Committee points out that paragraph 1 is applicable to all deprivations of liberty, whether in criminal cases or in other cases (. . .). In particular the important guarantee laid down in paragraph 4, i.e., the right to control by a court of the legality of the detention, applies

soit pour mettre en exergue d'autres constatations ou décisions du Comité non encore citées, qui peuvent être pertinentes aux fins qui nous occupent.

1. *Le droit à la liberté et à la sécurité de la personne*

145. Dans l'examen qui a été fait précédemment de la présente affaire, il a été fait référence à quelques vues ou décisions du Comité des droits de l'homme sur des communications ou requêtes. Je voudrais maintenant y revenir, soit pour souligner la pertinence, pour le cas d'espèce, des décisions déjà mentionnées, soit pour présenter d'autres décisions du Comité pertinentes aux fins qui nous occupent.

146. En ce qui concerne l'article 9 du Pacte (droit à la liberté et à la sécurité de la personne), deux affaires importantes peuvent être citées, à savoir l'affaire *Adolfo Drescher Caldas c. Uruguay* (1983) et l'affaire *Mukong c. Cameroun* (1994). Dans la première, le requérant avait été détenu au secret pendant six semaines, sans avoir la possibilité d'invoquer l'*habeas corpus*, et avait ensuite été traduit et inculpé devant un juge militaire. Le Comité a jugé que le paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte avait été violé en raison du défaut de recours à l'*habeas corpus*, selon le raisonnement suivant :

«[E]n vertu du paragraphe 2 de l'article 9 du Pacte, toute personne arrêtée doit être informée dans une mesure suffisante des raisons de son arrestation afin de pouvoir prendre immédiatement des dispositions pour obtenir sa libération si elle considère que les raisons avancées sont nulles et non avenues ou mal fondées. De l'avis du Comité il ne suffisait pas d'informer simplement Adolfo Drescher Caldas qu'il était arrêté en vertu des mesures urgentes de sécurité sans préciser en rien ce qui lui était reproché quant au fond.» (Par. 13.2.)

147. Dans l'affaire *Mukong c. Cameroun* (1994), le Comité a jugé que l'Etat défendeur avait privé le requérant de sa liberté de façon arbitraire, ce qui était notamment contraire au paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques; le Comité a noté que le simple fait qu'un Etat partie ait respecté son droit interne ne signifiait pas que l'arrestation et la détention d'un individu n'étaient pas arbitraires (par. 9.8). De plus, dans son observation générale n° 8 de 1982 sur *Le droit à la liberté et à la sécurité de la personne* (article 9 du Pacte), le Comité des droits de l'homme a dit que l'article 9 :

«fait souvent l'objet d'une interprétation assez étroite dans les rapports des Etats parties, qui, de ce fait, fournissent des informations incomplètes. Le Comité fait observer que le paragraphe 1 s'applique à tous les cas de privation de liberté, qu'il s'agisse d'infractions pénales ou d'autres cas ... [E]n particulier l'importante garantie énoncée au paragraphe 4, c'est-à-dire le droit de demander à un tribunal de

to all persons deprived of their liberty by arrest or detention. Furthermore, States parties have, in accordance with Article 2 (3), also to ensure that an effective remedy is provided in other cases in which an individual claims to be deprived of his liberty in violation of the Covenant.

.....
 If so-called preventive detention is used, for reasons of public security, (. . .) it must not be arbitrary, and must be based on grounds and procedures established by law (para. 1), (. . .) information of the reasons must be given (para. 2) (. . .) and court control of the detention must be available (para. 4) (. . .) as well as compensation in the case of a breach (para. 5). And if, in addition, criminal charges are brought in such cases, the full protection of Article 9 (2) and (3), as well as Article 14, must also be granted.” (Paras. 1 and 4.)

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

148. Four years later, the Human Rights Committee issued its General Comment No. 15, of 1986, on the *Position of Aliens* under the Covenant (to include not only foreigners, but also refugees and stateless persons). Under the Covenant (Article 13), the Human Rights Committee observed that:

“the rights set forth in the Covenant apply to everyone, irrespective of reciprocity, and irrespective of his or her nationality or statelessness.

Thus, the general rule is that each one of the rights of the Covenant must be guaranteed without discrimination between citizens and aliens.

.....
 (. . .) Article 13 (. . .) is applicable to all procedures aimed at the obligatory departure of an alien, whether described in national law as expulsion or otherwise. If such procedures entail arrest, the safeguards of the Covenant relating to deprivation of liberty (Articles 9 and 10) may also be applicable. (. . .) [I]f the legality of an alien’s entry or stay is in dispute, any decision on this point leading to his expulsion or deportation ought to be taken in accordance with Article 13. It is for the competent authorities of the State party, in good faith and in the exercise of their powers, to apply and interpret the domestic law, observing, however, such requirements under the Covenant as equality before the law (Article 26).

.....

statuer sur la légalité de la détention, s'appliqu[e] à toutes les personnes qui se trouvent privées de leur liberté par arrestation ou détention. En outre, les Etats parties doivent également, conformément au paragraphe 3 de l'article 2, veiller à ce que des voies de recours utiles soient prévues dans les autres cas où un individu se plaint d'être privé de sa liberté en violation du Pacte.

.....

Même si l'on a recours à l'internement dit de sûreté, pour des raisons tenant à la sécurité publique, cet internement ... ne doit pas être arbitraire, [et] doit être fondé sur des motifs et conforme à des procédures prévues par la loi (par. 1), ... l'intéressé doit être informé des raisons de l'arrestation (par. 2) et ... un tribunal doit pouvoir statuer sur la légalité de la détention (par. 4) et ... il doit être possible d'obtenir réparation en cas de manquement (par. 5). Et si, en outre, il s'agit d'une inculpation pénale, il faut également accorder une protection totale en vertu des paragraphes 2 et 3 de l'article 9 ainsi que de l'article 14.» (Par. 1 et 4.)

2. *Le droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique*

148. Quatre ans plus tard, le Comité des droits de l'homme a publié son observation générale n° 15 de 1986 sur *La situation des étrangers* (qui comprennent non seulement les ressortissants étrangers, mais également les réfugiés et les apatrides) au regard du Pacte (art. 13). Le Comité des droits de l'homme a fait les observations suivantes :

«les droits énoncés dans le Pacte s'appliquent à toute personne, sans considération de réciprocité, quelle que soit sa nationalité ou même si elle est apatride.

Ainsi, la règle générale est que chacun des droits énoncés dans le Pacte doit être garanti, sans discrimination entre les citoyens et les étrangers.

.....

L'article 13 ... est applicable à toutes les procédures tendant à contraindre un étranger à quitter un pays, que la législation nationale qualifie ce départ d'expulsion ou qu'elle emploie un autre terme. Si la procédure comporte l'arrestation, les garanties prévues par le Pacte en cas de privation de liberté (art. 9 et 10) peuvent aussi être applicables ... [S]i la légalité de l'entrée ou du séjour d'un étranger fait l'objet d'un litige, toute décision pouvant entraîner l'expulsion de l'étranger doit être prise dans le respect de l'article 13. Il appartient aux autorités compétentes de l'Etat partie d'appliquer et d'interpréter le droit national de bonne foi, dans l'exercice de leurs pouvoirs, tout en respectant les obligations prévues par le Pacte, et notamment le principe de l'égalité devant la loi (art. 26).

.....

Its purpose [of Article 13] is clearly to prevent arbitrary expulsions. (. . .) An alien must be given full facilities for pursuing his remedy against expulsion so that this right will in all the circumstances of his case be an effective one. (. . .) Discrimination may not be made between different categories of aliens in the application of Article 13.” (Paras. 1-2 and 9-10.)

149. Also in respect of Article 13 of the Covenant, reference can further be made to three other cases dealt with by the Human Rights Committee, namely, those of *Hammel v. Madagascar* (1987), of *Cañon García v. Ecuador* (1991) and of *Mansour Ahani v. Canada* (2004). In the first of these cases, that of *Hammel v. Madagascar*, the Committee, having found breaches of Articles 9 (4) and 13 of the Covenant, because: (a) the petitioner had been unable to take proceedings before a court to determine the lawfulness of his arrest; and (b) for “grounds that were not those of compelling reasons of national security, he was not allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by a competent authority within a reasonable time” (para. 20).

150. The relevance of the *Hammel v. Madagascar* case to the present *Diallo* case before this Court is manifest, given the fact that the Human Rights Committee not only suggested that, in order to deny an individual the right to challenge his expulsion, the State party ought to demonstrate that there were “compelling reasons of national security” but also concluded that, *in casu*, the reasons adduced by Madagascar were *not* reasons of “national security”. This seems to contradict the view, advanced by the DRC in the present case before this Court, that the State concerned would be the sole and final judge in relation to acts presumably threatening its national security.

151. In the second of the aforementioned cases — that of *Cañon García v. Ecuador* — the Human Rights Committee, noting that the Respondent State had not sought to refute the petitioner’s allegations pertaining to Articles 7, 9 and 13 of the Covenant, found accordingly that the Respondent State had incurred in breaches of those provisions (paras. 5 (2) and 6 (1)). And, in the third case, that of *Mansour Ahani v. Canada*, the Human Rights Committee found a breach of Article 13 of the Covenant, which encompassed not only the certificate attesting the grounds for expulsion, but also “the Minister’s decision on risk of harm” prior to the deportation of the petitioner to the country wherefrom he sought refuge. The Committee did not accept that “compelling reasons of national security existed to exempt the State party from its obligation under that Article to provide the procedural protections in question”, and reasoned that the petitioner should be afforded such protections (para. 10.8, and cf. paras. 10.9 and 12).

152. In its General Comment No. 31, of 2004, the *Nature of the General Legal Obligation Imposed on the States Parties to the Covenant*, the Human Rights Committee further clarified its position on the material

Son objectif évident [de l'article 13] est d'éviter les expulsions arbitraires ... L'étranger doit recevoir tous les moyens d'exercer son recours contre l'expulsion, de manière à être en toutes circonstances à même d'exercer effectivement son droit ... Aucune discrimination ne peut être opérée entre différentes catégories d'étrangers dans l'application de l'article 13.» (Par. 1-2 et 9-10.)

149. Toujours à propos de l'article 13 du Pacte, on peut citer trois autres affaires dont a connu le Comité des droits de l'homme, à savoir les affaires *Hammel c. Madagascar* (1987), *Cañon García c. Equateur* (1991) et *Mansour Ahani c. Canada* (2004). Dans la première de ces affaires, *Hammel c. Madagascar*, le Comité a jugé qu'il y avait eu violation du paragraphe 4 de l'article 9 et de l'article 13 du Pacte pour les raisons suivantes: a) le requérant n'avait pu se pourvoir devant un tribunal pour que celui-ci détermine la légalité de son arrestation; et b) «pour des raisons qui n'étaient pas des raisons impérieuses de sécurité nationale, il n'a pas été en mesure de faire valoir des motifs contre son expulsion et de faire examiner son cas par une autorité compétente dans un délai raisonnable» (par. 20).

150. La pertinence de l'affaire *Hammel c. Madagascar* pour celle dont connaît maintenant la Cour est évidente: le Comité des droits de l'homme a non seulement précisé que, pour refuser à un individu le droit de contester son expulsion, l'État partie devait démontrer qu'il existait des «raisons impérieuses de sécurité nationale», mais il a également conclu que, en l'espèce, les raisons invoquées par Madagascar n'étaient pas des raisons de «sécurité nationale». Cette affirmation paraît contredire le point de vue avancé devant la Cour en l'espèce par la RDC, qui a soutenu que l'Etat concerné était le seul et dernier juge des actes qui menacent sa sécurité nationale.

151. Dans la deuxième affaire susmentionnée — l'affaire *Cañon García c. Equateur* —, le Comité des droits de l'homme, notant que l'Etat défendeur n'avait pas tenté de réfuter les allégations du requérant concernant les articles 7, 9 et 13 du Pacte, a jugé que l'Etat défendeur avait effectivement violé ces dispositions (par. 5, al. 2), et 6, al. 1)). Dans la troisième affaire, *Mansour Ahani c. Canada*, le Comité des droits de l'homme a conclu à une violation de l'article 13 du Pacte, violation qui concernait non seulement le certificat énonçant les motifs d'expulsion, mais également «la décision prise par le ministre sur le risque de préjudice» avant l'expulsion du requérant vers le pays d'où il cherchait à trouver refuge. Le Comité n'a pas accepté qu'«il existait des raisons impérieuses de sécurité nationale qui exemptaient l'Etat partie de l'obligation que lui faisait cet article d'accorder les protections procédurales en question» et a jugé que le requérant devait bénéficier de ces protections (par. 10.8, et voir par. 10.9 et 12).

152. Dans son observation générale n° 31 (2004) sur *La nature de l'obligation juridique générale incombant aux Etats parties au Pacte*, le Comité des droits de l'homme a précisé encore sa position sur le contenu matériel

content of the right not to be expelled from a State without a legal basis. The Committee added therein that States parties have an:

“obligation not to extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory, where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable damage, such as that contemplated by Articles 6 and 7 of the Covenant, either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the person may be subsequently removed” (para. 12).

This has a bearing on the issue of the interrelationship between the protected rights under the Covenant, to which I shall next turn attention.

3. *The Interrelationship between the Protected Rights*

153. I have already referred to the vindication, in the present case, of the right not to be subjected to mistreatment, *stricto sensu*, under Articles 7 and 10 (1) of the Covenant on Civil and Political Rights (*supra*). The Human Rights Committee has a vast practice on those provisions; at regional level, that right has been the object of an extensive case law of the European and the Inter-American Courts of Human Rights, as well as of the African Commission on Human and Peoples' Rights to date. It is beyond the purpose of this separate opinion to dwell upon this matter. May I only add that, mistreatment *lato sensu* can be inferred from a combination of those Articles of the Covenant with its own provisions concerning some other protected rights.

154. For example, in the already mentioned case of *Hammel v. Madagascar* (*supra*), the Human Rights Committee related Articles 9 (4) to Article 13 of the Covenant, finding breaches of both of them: of Article 9 (4), because the victim was unable to challenge his arrest (during his detention preceding his expulsion), he was unable to take proceedings before a court to determine the lawfulness or otherwise of his arrest; and of Article 13, because, for grounds that “were not those of compelling reasons of national security”, he was “not allowed to submit the reasons against his expulsion”, and “to have his case reviewed by a competent authority within a reasonable time” (paras. 19 (4) and 20).

155. Likewise, Article 13 of the Covenant appears intertwined, e.g., with Article 12 (on the right to freedom of movement). Those two Articles, together, safeguard a set of individual rights related essentially to freedom of movement. Article 12 (1) states that “[e]veryone within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence”. And Article 12 (4) adds that “[n]o one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country”.

156. It cannot pass unnoticed, in the circumstances of the present case, that Article 12 (4) of the Covenant extends an unrestricted protection

du droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique. Le Comité a ajouté que les Etats parties avaient :

«l'obligation de ne pas extraditer, déplacer, expulser quelqu'un ou le transférer par d'autres moyens de leur territoire s'il existe des motifs sérieux de croire qu'il y a un risque réel de préjudice irréparable dans le pays vers lequel doit être effectué le renvoi ou dans tout pays vers lequel la personne concernée peut être renvoyée par la suite, tel le préjudice envisagé aux articles 6 et 7 du Pacte» (par. 12).

Ce point de vue a une incidence sur la relation qui existe entre les droits protégés par le Pacte, question que j'examinerai maintenant.

3. *La relation entre les droits protégés*

153. J'ai déjà mentionné la défense, dans le cadre de la présente affaire, du droit de ne pas être soumis à de mauvais traitements, *stricto sensu*, consacré aux articles 7 et 10, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (*supra*). Le Comité des droits de l'homme a une vaste pratique de ces dispositions; au plan régional, ce droit a fait l'objet d'une importante jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme ainsi que de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. L'examen approfondi de cette question dépasse les limites de la présente opinion individuelle. J'ajouterais seulement que la notion de mauvais traitements *lato sensu* peut être déduite également d'une combinaison des articles du Pacte dont les dispositions portent sur d'autres droits protégés.

154. Par exemple, dans l'affaire *Hammel c. Madagascar* déjà mentionnée, le Comité des droits de l'homme a établi un lien entre le paragraphe 4 de l'article 9 et l'article 13 du Pacte, et il a jugé que les deux dispositions avaient été violées: le paragraphe 4 de l'article 9 parce que, la victime n'ayant pu contester son arrestation (pendant la détention qui a précédé son expulsion), elle n'a pas pu engager de procédure devant un tribunal pour lui demander de statuer sur la légalité de son arrestation; et l'article 13 parce que, pour des raisons «qui n'étaient pas des raisons impérieuses de sécurité nationale», le requérant n'avait pu «faire valoir des motifs contre son expulsion» et «faire examiner son cas par une autorité compétente dans un délai raisonnable» (par. 19, al. 4), et 20).

155. De même, l'article 13 du Pacte semble être lié, notamment, à l'article 12 (sur le droit à la liberté de circulation). Ces deux articles, lus conjointement, garantissent un ensemble de droits individuels liés essentiellement à la liberté de circulation. Le paragraphe 1 de l'article 12 dit que «[q]uiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence». Quant au paragraphe 4 de cet article, il précise que «[n]ul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays».

156. On ne saurait passer sous silence le fait que, dans les circonstances de la présente affaire, le paragraphe 4 de l'article 12 du Pacte garantit

against expulsion to aliens who, like Mr. A. S. Diallo, have developed such a close relationship with the State of residence that has practically become his “home country”: in the *cas d’espèce*, Mr. A. S. Diallo came to the State of residence at the age of 17, having been living there for 30 years¹⁰⁷. Likewise, in the previous case of *Hammel v. Madagascar* (1987), Mr. E. Hammel had been a practicing attorney in Madagascar for 19 years, until his expulsion on 11 February 1982, without having been indicted nor brought before a magistrate on any charge (para. 18.2).

157. A holistic view of the protected rights under the Covenant seems to have helped to clarify aspects of concrete cases brought into the cognizance of the Human Rights Committee. For example, in so far as a possible breach of other human rights enshrined into the Covenant is concerned, the Committee has found that there *can be* a violation of a person’s *right to family life* (Article 17), when the expulsion of a person results in a separation from her family. Although the mere fact that one member of the family is entitled to remain in the territory of a State party does not necessarily mean that requiring other members of the family to leave involves such interference¹⁰⁸, the Committee specified that:

“the relevant criteria for assessing whether or not the specific interference with family life can be objectively justified must be considered, on the one hand, in light of the significance of the State party’s reasons for the removal of the person concerned, and, on the other, the degree of hardship the family and its members would encounter as a consequence of such removal.”¹⁰⁹

VIII. THE JURISPRUDENTIAL CONSTRUCTION OF THE RIGHT TO INFORMATION ON CONSULAR ASSISTANCE IN THE CONCEPTUAL UNIVERSE OF HUMAN RIGHTS

1. *The Individual Right beyond the Inter-State Dimension*

158. In its substantial and ground-breaking Advisory Opinion No. 16, of 1 October 1999, on the Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Due Process of Law, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), after reviewing the legislative history and evolving application of Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations, pondered that the bearer (*titulaire*) of the rights mentioned therein:

“is the individual. In effect, this Article is unequivocal in stating that rights to consular information and notification are ‘accorded’ to the

¹⁰⁷ Reply of Guinea, para. 1.122.

¹⁰⁸ Cf. *Winata v. Australia*, CCPR/C/72/D/930/2000, 21 July 2001, para. 7.1.

¹⁰⁹ Cf. *Madafferi v. Australia*, CCPR/C/81/D/1011/2001, 26 July 2004, para. 9.8; and cf. also *Byahuranga v. Denmark*, communication No. 1222/2003, 1 November 2004, para. 11.9.

une protection illimitée contre l'expulsion aux étrangers qui, comme M. A. S. Diallo, ont établi avec le temps une relation tellement étroite avec l'Etat de résidence que ce dernier est pratiquement devenu leur «patrie»: dans le cas d'espèce, M. A. S. Diallo est arrivé dans l'Etat de résidence à l'âge de 17 ans et y a résidé pendant trente ans¹⁰⁷. De même, dans l'affaire *Hammel c. Madagascar* (1987), M. E. Hammel avait pratiqué le droit à Madagascar pendant dix-neuf ans avant d'en être expulsé le 11 février 1982 sans être inculpé ni traduit devant un magistrat pour répondre de quelque chef d'accusation que ce soit (par. 18.2).

157. L'adoption d'une vue holistique des droits protégés par le Pacte semble avoir aidé le Comité des droits de l'homme à préciser certains aspects des affaires qui lui ont été soumises. Par exemple, s'agissant d'une violation éventuelle d'autres droits de l'homme garantis par le Pacte, le Comité a jugé qu'il *pouvait y avoir violation du droit à la vie de famille* d'une personne (art. 17) lorsque son expulsion entraînait sa séparation de sa famille. Bien que le simple fait que l'un des membres d'une famille ait le droit de rester sur le territoire d'un Etat partie ne fasse pas forcément de l'éviction d'autres membres de la même famille une immixtion du même ordre¹⁰⁸, le Comité a cru bon de préciser:

«Les critères pertinents pour déterminer si une immixtion dans la vie de famille peut être objectivement justifiée doivent être examinés à la lumière, d'une part, de l'importance des raisons qui poussent un Etat à expulser l'intéressé et, d'autre part, de la gravité des difficultés que connaîtraient la famille et ses membres par suite de cette expulsion.»¹⁰⁹

VIII. DÉVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE RELATIVE AU DROIT À L'INFORMATION SUR L'ASSISTANCE CONSULAIRE DANS L'UNIVERS CONCEPTUEL DES DROITS DE L'HOMME

1. *Le droit individuel par-delà la dimension interétatique*

158. Dans son solide et novateur avis consultatif n° 16 du 1^{er} octobre 1999 relatif au droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre d'une procédure régulière, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), après avoir passé en revue l'histoire législative et l'évolution de l'application de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963, a exprimé l'avis que le titulaire des droits mentionné dans cette disposition:

«[était] l'individu. En fait, le libellé de cet article ne laisse aucun doute sur le fait que les droits à l'information consulaire et à la noti-

¹⁰⁷ République de la Guinée, par. 1.122.

¹⁰⁸ *Winata c. Australie*, 21 juillet 2001, CCPR/C/72/D/930/2000, par. 7.1.

¹⁰⁹ *Madafferi c. Australie*, 26 juillet 2004, CCPR/C/81/D/1011/2001, par. 9.8; voir aussi *Byahuranga c. Danemark*, 1^{er} novembre 2004, communication n° 1222/2003, par. 11.9.

interested person. In this respect, Article 36 is a notable exception to what are essentially State's rights and obligations accorded elsewhere in the Vienna Convention on Consular Relations. As interpreted by this Court in the present Advisory Opinion, Article 36 is a notable advance over international law's traditional conceptions of this subject.

The rights accorded to the individual under subparagraph (b) of Article 36 (1), cited earlier, tie in with the next subparagraph [(c)] (. . .) That exercise of this right is limited only by the individual's choice.

.....

The Court therefore concludes that Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations endows a detained foreign national with individual rights that are the counterpart of the host State's correlative duties. This interpretation is supported by the Article's legislative history. There, although in principle some States believed that it was inappropriate to include clauses regarding the rights of nationals of the sending State, in the end the view was that there was no reason why that instrument should not confer rights upon individuals." (Paras. 82-84.)

159. And the IACtHR added that the consular communication, referred to by Article 36 of the 1963 Vienna Convention,

"does indeed concern the protection of the rights of the national of the sending State and may be of benefit to him. This is the proper interpretation of the functions of 'protecting the interests' of that national and the possibility of receiving 'help and assistance', particularly with arranging appropriate 'representation before the tribunals'." (Para. 87.)

In sum, in its Advisory Opinion No. 16, of 1999, the IACtHR thus held that Article 36 of the 1963 Vienna Convention recognizes to the foreigner under detention individual rights — among which the right to information on consular assistance — to which correspond duties incumbent upon the receiving State (irrespective of its federal or unitary structure) (paras. 84 and 140).

160. The IACtHR pointed out that the evolutive interpretation and application of the *corpus juris* of the international law of human rights¹¹⁰ have had "a positive impact on international law in affirming and developing the aptitude of this latter to regulate the relations between States and

¹¹⁰ The Court stated that "human rights treaties are living instruments, whose interpretation ought to follow the evolution of times and the current conditions of life" (para. 114). The Court made it clear that, in its interpretation of the norms of the American Convention on Human Rights, it should aim at extending protection in new situations on the basis of preexisting rights.

fication sont « accordés » à la personne. A cet égard, l'article 36 est une exception notable par rapport aux droits et obligations essentiellement étatiques prévus dans les autres dispositions de la convention de Vienne sur les relations consulaires. Interprété dans le sens que lui donne la Cour dans le présent avis consultatif, l'article 36 constitue un progrès notable par rapport aux conceptions traditionnelles du droit international en la matière.

Les droits accordés à l'individu à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36, cité plus haut, concordent avec les termes de l'alinéa *[c]*) qui le suit ... L'exercice du droit mentionné n'est limité que par le choix de l'individu.

.....

La Cour conclut donc que l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires confère à l'étranger détenu des droits individuels qui sont la contrepartie des droits correspondants de l'Etat hôte. Cette interprétation est étayée par l'histoire législative de cet article. Bien que certains Etats aient estimé peu approprié en principe d'inclure dans le traité des clauses concernant les droits des nationaux de l'Etat d'envoi, il a été jugé en définitive que rien n'empêchait que cet instrument confère des droits aux individus.» (Par. 82-84.)

159. La CIDH a ajouté que la communication consulaire mentionnée à l'article 36 de la convention de Vienne de 1963

« concerne effectivement la protection des droits du national de l'Etat d'envoi et peut lui être utile. C'est ainsi qu'il convient d'interpréter la fonction de « protection des intérêts » du national et la possibilité de lui fournir « aide et assistance », particulièrement en prenant des dispositions pour qu'il soit adéquatement « représenté devant les tribunaux. » (Par. 87.)

Pour résumer, dans son avis consultatif n° 16 de 1999, la CIDH a jugé que l'article 36 de la convention de Vienne de 1963 reconnaissait à l'étranger détenu des droits individuels — notamment le droit à l'information sur l'assistance consulaire — auxquels correspondent des obligations pour l'Etat de résidence (par. 84 et 140).

160. La CIDH a fait observer que l'interprétation évolutive et l'application du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme¹¹⁰ avaient eu « un impact positif sur le droit international en affirmant et en développant la capacité de ce dernier de régir les relations entre les

¹¹⁰ La Cour a déclaré que « les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments vivants, dont l'interprétation doit suivre l'évolution des temps et les conditions de vie actuelles » (par. 114). La Cour a bien dit que, dans son interprétation des normes de la convention américaine des droits de l'homme, elle devait viser à élargir la protection à de nouvelles situations sur la base des droits préexistants.

human beings under their respective jurisdictions” (para. 115). The IACtHR thus adopted the “proper approach” in considering the matter submitted to it in the framework of “the evolution of the fundamental rights of the human person in contemporary international law” (paras. 114-115).

161. The IACtHR sustained the view that, for the due process of law to be preserved, “a defendant must be able to exercise his rights and defend his interests effectively and in full procedural equality with other defendants” (para. 117). In order to attain its objectives, “the judicial process ought to recognize and correct the factors of real inequality” of those taken to justice (para. 119); thus, the notification, to persons deprived of their liberty abroad, of their right to communicate with their consul, contributes to safeguard their defence and the respect for their procedural rights (paras. 121-122). The individual right to information under Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations thus renders effective the right to the due process of law (para. 124)¹¹¹.

162. The IACtHR thereby linked the right at issue to the evolving guarantees of due process of law. This Advisory Opinion No. 16 of the IACtHR, truly pioneering, has served as inspiration for the emerging international case law, *in statu nascendi*, on the matter¹¹², and is having a sensible impact on the practice of States in the region on the issue. That historical Advisory Opinion, furthermore, reveals the impact of the international law of human rights in the evolution of public international law itself, specifically for having the IACtHR been the first international tribunal to warn that, if non-compliance with Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations of 1963 takes place, it occurs to the detriment not only of a State party but also of the human beings at issue¹¹³.

2. *The Humanization of Consular Law*

163. That Advisory Opinion was followed, four years later, in the same line of thinking, by Advisory Opinion No. 18 of the IACtHR, of 17 September 2003, on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*. This latter opened new ground for the protection of

¹¹¹ The non-observance or obstruction of the exercise of this right affects the judicial guarantees (para. 129).

¹¹² As promptly acknowledged by expert writing; cf., e.g., G. Cohen-Jonathan, “Cour européenne des droits de l’homme et droit international général (2000)”, 46 *Annuaire français de droit international* (2000), p. 642; M. Mennecke, “Towards the Humanization of the Vienna Convention of Consular Rights — The *LaGrand* Case before the International Court of Justice”, 44 *German Yearbook of International Law/Jahrbuch für internationale Recht* (2001), pp. 430-432, 453-455, 459-460 and 467-468; Ph. Weckel, M. S. E. Helali and M. Sastre, “Chronique de jurisprudence internationale”, 104 *Revue générale de droit international public* (2000), pp. 794 and 791; Ph. Weckel, “Chronique de jurisprudence internationale”, 105 *Revue générale de droit international public* (2001), pp. 764-765 and 770.

¹¹³ As the ICJ subsequently also admitted, in the *LaGrand* case.

Etats et les personnes relevant de leur juridiction respective» (par. 115). La CIDH a donc adopté «l'approche appropriée» lorsqu'elle a examiné la question qui lui avait été soumise dans le cadre de «l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine dans le droit international contemporain» (par. 114-115).

161. La CIDH a été d'avis que, pour préserver la procédure régulière, «un défendeur doit être en mesure d'exercer ses droits et de défendre ses intérêts de façon effective et en pleine égalité procédurale avec les autres défendeurs» (par. 117). Pour atteindre ses objectifs, «le processus judiciaire doit reconnaître et corriger les facteurs d'inégalité réelle» entre les justiciables (par. 119); ainsi, informer les personnes privées de leur liberté à l'étranger de leur droit de communiquer avec leur consul contribue à garantir leur défense et le respect de leurs droits procéduraux (par. 121-122). Le droit de l'individu à l'information au titre de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires rend donc effectif le droit à une procédure régulière (par. 124)¹¹¹.

162. La CIDH a ainsi lié le droit en question à l'évolution des garanties d'une procédure régulière. Cet avis consultatif n° 16 de la CIDH, qui est vraiment novateur, a servi d'inspiration à la jurisprudence internationale *in statu nascendi* sur la question¹¹² et a une incidence sensible sur la pratique des Etats de la région dans ce domaine. En outre, cet avis consultatif historique révèle l'impact du droit international des droits de l'homme sur l'évolution du droit international public lui-même, parce que la CIDH a été le premier tribunal international à préciser que le non-respect de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 entraîne des conséquences néfastes non seulement pour l'Etat partie mais également pour les personnes concernées¹¹³.

2. *L'humanisation du droit consulaire*

163. Cet avis consultatif a été suivi quatre ans plus tard, dans le même esprit, de l'avis consultatif n° 18 de la CIDH, en date du 17 septembre 2003, sur *La situation juridique et les droits des migrants sans papiers*. Ce dernier avis consultatif a ouvert de nouvelles perspectives à la protec-

¹¹¹ La non-observation ou le fait de faire obstacle à l'exercice de ce droit a une incidence sur les garanties judiciaires (par. 129).

¹¹² Comme l'a vite reconnu la doctrine; voir, par exemple, G. Cohen-Jonathan, «Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (2000)», *Annuaire français de droit international*, vol. 46 (2000), p. 642; M. Mennecke, «Towards the Humanization of the Vienna Convention of Consular Rights — The *LaGrand* Case before the International Court of Justice», *German Yearbook of International Law/Jarbuch für internationales Recht*, vol. 44 (2001), p. 430-432, 453-455, 459-460 et 467-468; Ph. Weckel, M. S. E. Helali et M. Sastre, «Chronique de jurisprudence internationale», *Revue générale de droit international public*, vol. 104 (2000), p. 794 et 791; Ph. Weckel, «Chronique de jurisprudence internationale», *Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001), p. 764-765 et 770.

¹¹³ Ainsi que la CIJ l'a également reconnu, dans l'affaire *LaGrand*.

migrants, in acknowledging the prevalence of the rights inherent to human beings, irrespective of their migratory status¹¹⁴. The Court made it clear that States ought to respect and ensure respect for human rights in the light of the general and basic principle of equality and non-discrimination, and that any discriminatory treatment with regard to the protection and exercise of human rights generates the international responsibility of the States. In the view of the IACtHR, the fundamental principle of equality and non-discrimination has entered into the domain of *jus cogens*.

164. The IACtHR added that States cannot discriminate or tolerate discriminatory situations to the detriment of migrants, and ought to guarantee the due process of law to any person, irrespective of his or her migratory status. This latter cannot be a justification for depriving a person of the enjoyment and exercise of his or her human rights, including labour rights. Undocumented migrant workers have the same labour rights as the other workers of the State of employment, and this latter ought to ensure respect for those rights in practice. States cannot subordinate or condition the observance of the principle of equality before the law and non-discrimination to the aims of their migratory or other policies¹¹⁵.

165. Advisory Opinion No. 18 propounded the same dynamic or evolutive interpretation of international human rights law heralded by the IACtHR four years earlier, in its Advisory Opinion No. 16 of 1999¹¹⁶. In 2003, the IACtHR reiterated and expanded its forward-looking outlook,

¹¹⁴ This more recent advisory opinion No. 18 is likewise having an impact on the theory and practice of international law in the present domain of protection of the human rights of migrants as also promptly acknowledged by expert writing; cf., e.g., L. Hennebel, "L'humanisation du droit international des droits de l'homme — Commentaire sur l'avis consultatif no. 18 de la Cour Interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants", 15 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2004) No. 59, pp. 747-756; S. H. Cleveland, "Legal Status and Rights of Undocumented Migrants — Advisory Opinion OC-18/03 [of the] Inter-American Court of Human Rights", 99 *American Journal of International Law* (2005), pp. 460-465; C. Laly-Chevalier, F. da Poïan and H. Tigroudja, "Chronique de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (2002-2004)", 16 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2005), No. 62, pp. 459-498.

¹¹⁵ In addition, the four individual opinions presented were, significantly, all of them, concurring opinions. In my own lengthy concurring opinion, as [then] President of the Court, I dwelt upon nine points, namely: (a) the *civitas maxima gentium* and the universality of the human kind; (b) the disparities of the contemporary world and the vulnerability of migrants; (c) the reaction of the universal juridical conscience; (d) the construction of the individual subjective right of asylum; (e) the position and the role of the general principles of law; (f) the fundamental principles as *substratum* of the legal order itself; (g) the principle of equality and non-discrimination in the international law of human rights; (h) the emergence, the content and the scope of *jus cogens*; and (i) the emergence and the scope of obligations *erga omnes* of protection (their horizontal and vertical dimensions).

¹¹⁶ In that sixteenth and pioneering Advisory Opinion, of major importance, the Inter-American Court clarified that, in its interpretation of the norms of the American Convention, it should extend protection in new situations (such as that concerning the observance

tion des migrants, en reconnaissant la prééminence de leurs droits inhérents en tant que personnes humaines, en dépit de leur statut de migrants¹¹⁴. La Cour a dit clairement que les Etats doivent respecter les droits de l'homme et veiller à leur respect à la lumière du principe général et fondamental d'égalité et de non-discrimination, et que tout traitement discriminatoire en ce qui concerne la protection et l'exercice des droits de l'homme engage la responsabilité internationale des Etats. De l'avis de la CIDH, le principe fondamental d'égalité et de non-discrimination est entré dans le domaine du *jus cogens*.

164. La CIDH a ajouté que les Etats ne peuvent exercer de discrimination ou tolérer de situations discriminatoires au détriment des migrants et doivent garantir une procédure régulière à toute personne, indépendamment de son statut en tant que migrant. Ce statut ne saurait justifier que l'on prive une personne de la jouissance et de l'exercice de ses droits de l'homme, y compris les droits du travail. Les travailleurs migrants sans papiers ont les mêmes droits du travail que les autres travailleurs de l'Etat d'emploi, et ce dernier doit veiller au respect de ces droits dans la pratique. Les Etats ne peuvent subordonner l'observation du principe d'égalité devant la loi et de non-discrimination aux objectifs de leurs politiques de migration ou autres¹¹⁵.

165. Dans son avis consultatif n° 18, la CIDH a adopté la même interprétation dynamique ou évolutive du droit international des droits de l'homme qu'elle l'avait fait en 1999, quatre ans plus tôt, dans son avis consultatif n° 16¹¹⁶. En 2003, la CIDH a réitéré et développé sa vision

¹¹⁴ Ce récent avis consultatif n° 18 a également un impact sur la théorie et la pratique du droit international dans le domaine de la protection des droits de l'homme des migrants qui nous intéresse ici — ainsi que cela a été rapidement reconnu dans la doctrine; voir, par exemple, L. Hennebel, «L'humanisation du droit international des droits de l'homme — Commentaire sur l'avis consultatif n° 18 de la Cour interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 15 (2004), n° 59, p. 747-756; S. H. Cleveland, «Legal Status and Rights of Undocumented Migrants — Advisory Opinion OC-18/03 [of the] Inter-American Court of Human Rights», *American Journal of International Law*, vol. 99 (2005), p. 460-465; C. Laly-Chevalier, F. da Poian et H. Tigroudja, «Chronique de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme» (2002-2004), *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 16 (2005), n° 62, p. 459-498.

¹¹⁵ De plus, les quatre opinions individuelles présentées allaient toutes dans le même sens, ce qui est significatif. Dans ma propre opinion concordante, assez exhaustive, en tant que président de la Cour à l'époque, j'ai traité neuf points, à savoir : a) la *civitas maxima gentium* et l'universalité de la famille humaine; b) les disparités du monde contemporain et la vulnérabilité des migrants; c) la réaction de la conscience juridique universelle; d) la construction du droit d'asile individuel subjectif; e) la position et le rôle des principes généraux du droit; f) les principes fondamentaux comme substrat de l'ordre juridique lui-même; g) le principe d'égalité et de non-discrimination dans le droit international des droits de l'homme; h) l'émergence, le contenu et la portée du *jus cogens*; i) l'émergence et la portée des obligations *erga omnes* de protection (leurs dimensions horizontale et verticale).

¹¹⁶ Dans ce seizième avis consultatif très important et novateur, la Cour interaméricaine a précisé que, dans son interprétation des normes de la convention américaine, elle se devait d'élargir la protection à de nouvelles situations (comme celle concernant l'observa-

in its Advisory Opinion No. 18, on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, constructed upon the evolving concepts of *jus cogens* and of obligations *erga omnes* of protection (in their horizontal and vertical dimensions). This jurisprudential construction points in a clear direction: consular assistance and protection have become much closer to human rights protection.

166. It so happens that consular assistance and protection have indeed undergone a process of *jurisdictionalization*, integrating, in the light of the outlook advanced by the Inter-American Court, the enlarged conception of the *due process of law*, proper of our times. This is gradually being grasped in contemporary expert writing, which now rightly acknowledges that, while diplomatic protection remains ineluctably discretionary, pursuing an unsatisfactory inter-State dimension, consular assistance and protection are now linked to the obligatory guarantees of due process of law, in the framework of the international law of human rights¹¹⁷. The ultimate beneficiaries of this evolution are the individuals facing adversity, particularly those deprived of their personal liberty abroad.

3. *The Irreversibility of the Advance of Humanization*

167. Advisory Opinion No. 16 (of 1 October 1999) of the IACtHR, on the *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Due Process of Law*, was extensively relied upon by the contending parties in the proceedings (written and oral phases) before the ICJ in the *LaGrand* and *Avena* cases. In the *LaGrand* case, it was invoked in both the Memorial of Germany (of 16 September 1999, para. 4.13) and in the Counter-Memorial of the United States (of 27 March 2000, para. 102, No. 110); and it was object of further attention in the oral arguments of both Germany¹¹⁸ and the United States¹¹⁹.

168. Likewise, in the *Avena* case, that Advisory Opinion of the IACtHR was invoked, in the course of the written phase of the proceedings before the ICJ, by Mexico in its Application (paras. 65, 77 and 271) as well as in its Memorial (of 20 June 2003, paras. 157-158, 194, 332, 336 and 344), and by the United States in its Counter-Memorial (para. 6.84). Mexico further invoked it in its oral arguments before the ICJ¹²⁰. The ICJ was obviously quite aware of the inspiring contents of Advisory

of the right to information on consular assistance) on the basis of preexisting rights (*supra*).

¹¹⁷ Cf. E. Decaux, "La protection consulaire et les droits de l'homme", in: Société française pour le droit international (SFDI), *La protection consulaire* (Journée d'études de Lyon de 2005), Paris, Pedone, 2006, pp. 56-57, 64 and 69-72.

¹¹⁸ CR 2000/26 of 13 November 2000, paras. 10-14; CR 2000/27 of 13 November 2000, paras. 21, 23 and 29; CR 2000/30 of 16 November 2000, paras. 4-5 and 10-11.

¹¹⁹ CR 2000/29 of 14 November 2000, para. 6.23; CR 2000/31 of 17 November 2000, paras. 4.7.

¹²⁰ CR 2003/24 of 15 December 2003, paras. 34-36 and 39; CR 2003/25 of 15 December 2003, para. 451.

dans son avis consultatif n° 18 sur *La situation juridique et les droits des migrants sans papiers*, fondée sur les concepts émergents du *jus cogens* et des obligations de protection *erga omnes* (dans leurs dimensions horizontale et verticale). L'orientation de cet édifice jurisprudentiel est claire : l'assistance et la protection consulaires se sont rapprochées considérablement de la protection des droits de l'homme.

166. L'assistance et la protection consulaires se sont en effet sensiblement *juridictionnalisées* en intégrant, dans la perspective avancée par la Cour interaméricaine, une conception élargie de la *procédure régulière*, propre à notre temps. Cette évolution imprègne peu à peu la doctrine contemporaine, qui reconnaît maintenant à juste titre que, si la protection diplomatique demeure inévitablement discrétionnaire et conserve une dimension interétatique, si peu satisfaisante soit-elle, l'assistance et la protection consulaires sont maintenant liées aux garanties obligatoires de la procédure régulière dans le cadre du droit international des droits de l'homme¹¹⁷. Les bénéficiaires de cette évolution sont, en définitive, les individus en difficulté, en particulier ceux qui sont privés de leur liberté personnelle à l'étranger.

3. Le caractère irréversible du progrès de l'humanisation

167. L'avis consultatif n° 16 (du 1^{er} octobre 1999) de la CIDH sur *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière* a été souvent évoqué par les parties (dans la procédure tant écrite qu'orale) qui se sont opposées devant la CIJ dans les affaires *LaGrand* et *Avena*. Dans l'affaire *LaGrand*, cet avis consultatif a été invoqué par l'Allemagne dans son mémoire (du 16 septembre 1999, par. 4.13) et par les Etats-Unis dans leur contre-mémoire (du 27 mars 2000, par. 102, note 110); l'Allemagne¹¹⁸ et les Etats-Unis¹¹⁹ y sont tous deux revenus dans leurs plaidoiries.

168. De même, dans l'affaire *Avena*, cet avis consultatif de la CIDH a été invoqué au cours de la procédure écrite, d'abord par le Mexique dans sa requête (par. 65, 77 et 271) puis dans son mémoire (du 20 juin 2003, par. 157-158, 194, 332, 336 et 344), et ensuite par les Etats-Unis dans leur contre-mémoire (par. 6.84). Le Mexique l'a cité de nouveau dans ses plaidoiries devant la Cour¹²⁰. Celle-ci était évidemment tout à fait consciente du contenu inspirant de l'avis consultatif n° 16 de la CIDH sur *Le droit*

tion du droit à l'information sur l'assistance consulaire) sur la base des droits préexistants (*supra*).

¹¹⁷ Voir E. Decaux, « La protection consulaire et les droits de l'homme », dans Société française pour le droit international (SFDI), *La protection consulaire* (Journée d'études de Lyon de 2005), Paris, Pedone, 2006, p. 56-57, 64 et 69-72.

¹¹⁸ CR 2000/26 du 13 novembre 2000, par. 10-14; CR 2000/27 du 13 novembre 2000, par. 21, 23 et 29; CR 2000/30 du 16 novembre 2000, par. 4-5 et 10-11.

¹¹⁹ CR 2000/29 du 14 novembre 2000, par. 6.23; CR 2000/31 du 17 novembre 2000, par. 4.7.

¹²⁰ CR 2003/24 du 15 décembre 2003, par. 34-36 et 39; CR 2003/25 du 15 décembre 2003, par. 451.

Opinion No. 16 of the IACtHR, on *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (1999), when it issued its Judgments in the *LaGrand* (2001) and *Avena* (2004) cases, though it did not care to refer to that relevant judicial precedent, as it should have, on both occasions.

169. In the line of the aforementioned ground-breaking Advisory Opinion No. 16 of the IACtHR, the ICJ also identified, in the *LaGrand* case (Judgment of 27 June 2001), the “individual rights” under Article 36 (1) of the 1963 Vienna Convention (*I.C.J. Reports 2001*, p. 494, para. 77). But the ICJ’s reasoning remained *à mi-chemin*, not pursuing it up to the point of inserting those individual rights into the conceptual universe of human rights. Subsequently, in the *Avena* case (Judgment of 31 March 2004), the Court related the individual rights thereunder to the corresponding obligations incumbent upon the State concerned (*I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 46, para 76).

170. In the same *Avena* case, the Court was then faced with Mexico’s contention — well in conformity with the aforementioned Advisory Opinion No. 16 of 1999 of the IACtHR (*supra*) — that:

“the right to consular notification and consular communication under the Vienna Convention is a fundamental human right that constitutes part of due process in criminal proceedings and should be guaranteed in the territory of each of the Contracting Parties to the Vienna Convention; according to Mexico, this right, as such, is so fundamental that its infringement will *ipso facto* produce the effect of vitiating the entire process of the criminal proceedings conducted in violation of this fundamental right.” (*Ibid.*, pp. 60-61, para. 124.)

171. The Court, after summarizing Mexico’s argument grounded in the aforementioned Advisory Opinion No. 16 of the IACtHR, took a step backwards when it added suddenly, in a rather dogmatic and authoritarian tone:

“Whether or not the Vienna Convention rights are human rights is not a matter that this Court need decide. The Court would, however, observe that neither the text nor the object and purpose of the Convention, nor any indication in the *travaux préparatoires*, support the conclusion that Mexico draws from its contention in that regard.” (*Ibid.*, p. 61, para. 124.)

And the Court promptly concluded, *ex cathedra*, that Mexico’s submission could not therefore be upheld (*ibid.*, p. 61, para. 125).

172. Yet, if the Court was not prepared to examine Mexico’s contention, and felt — for whatever reasons that escape my comprehension — that it did not need to decide on it, it should not have made such a statement without indicating on which assumptions it was based. The authority of argument is always far more persuasive than the argument of authority. The fact is that the Court’s statement is, *data venia*, without

à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière (1999) lorsqu'elle a rendu ses arrêts dans les affaires *LaGrand* (2001) et *Avena* (2004), bien qu'elle n'ait pas jugé bon de mentionner ce précédent judiciaire pertinent, comme elle aurait dû le faire les deux fois.

169. Dans le même esprit que l'avis consultatif novateur n° 16 de la CIDH, la CIJ a aussi identifié, en l'affaire *LaGrand* (arrêt du 27 juin 2001), les «droits individuels» garantis par le paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963 (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 494, par. 77). Mais la Cour s'est arrêtée à mi-chemin dans son raisonnement, sans aller jusqu'à intégrer ces droits individuels dans l'univers conceptuel des droits de l'homme. Plus tard, en l'affaire *Avena* (arrêt du 31 mars 2004), la Cour a lié les droits individuels garantis dans cette disposition aux obligations correspondantes de l'Etat concerné (*C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 46, par. 76).

170. Dans cette même affaire *Avena*, la Cour a dû répondre à la thèse défendue par le Mexique — et tout à fait conforme à l'avis consultatif n° 16 de 1999 de la CIDH (*supra*) — selon laquelle :

«le droit de notification et de communication consulaires prévu par la convention de Vienne est un droit de l'homme fondamental faisant partie des droits de la défense (*due process*) en procédure pénale et devant être garanti sur le territoire de chacune des parties contractantes de la convention de Vienne; selon le Mexique, ce droit, en tant que tel, est si fondamental que sa violation a *ipso facto* pour effet de vicier l'ensemble de la procédure pénale conduite en contravention dudit droit.» (*Ibid.*, p. 60-61, par. 124.)

171. Après avoir résumé l'argument du Mexique fondé sur l'avis consultatif n° 16 de la CIDH, la Cour a reculé d'un pas lorsqu'elle a soudainement ajouté, sur un ton assez dogmatique et autoritaire :

«Sans qu'il lui soit nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si le droit en cause est ou non un droit de l'homme, la Cour fera observer que ni le texte ni l'objet et le but de la convention, ni aucune indication qui figurerait dans les travaux préparatoires, ne permettent d'arriver à la conclusion que le Mexique tire de cet argument.» (*Ibid.*, p. 61, par. 124.)

La Cour a rapidement conclu, *ex cathedra*, que la conclusion du Mexique ne pouvait en conséquence être accueillie (*ibid.*, p. 61, par. 125).

172. Pourtant, si la Cour n'était pas prête à accueillir la thèse du Mexique et estimait — pour des raisons qui m'échappent — qu'elle n'avait pas besoin de se prononcer sur cette question, elle n'aurait pas dû s'exprimer ainsi sans indiquer sur quelle base elle se fondait. L'autorité d'un argument est toujours plus persuasive que l'argument d'autorité. Le fait est que l'affirmation de la Cour est, *data venia*, sans fondement. Elle ne

foundation. It does not resist closer examination, either in respect of the *text* of Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention, or in respect of its *object and purpose*, or in respect of its *travaux préparatoires*.

(a) *The text of the 1963 Vienna Convention*

173. As to the *text*, it has already been pointed out that it is the *individual* who has the right to information on consular assistance, as indicated in Article 36 (1) (b) *in fine* of the 1963 Vienna Convention (*supra*). The last phrase of Article 36 (1) (b) leaves no doubt that *it is the individual, and not the State*, who is the *titulaire* of the right to be informed on consular assistance. However intertwined may this provision be with States parties' obligations, this is clearly an *individual right*. If this individual right is breached, the guarantees of the due process of law will ineluctably be affected.

174. As the Inter-American Court rightly pondered, in this respect, in its Advisory Opinion No. 16 of 1999,

“The International Covenant on Civil and Political Rights recognizes the right to the due process of law (Article 14) as a right that ‘derive[s] from the inherent dignity of the human person’. That Article enumerates a number of guarantees that apply to ‘everyone charged with a criminal offence’, and in that respect is consistent with the principal international human rights instruments.

In the opinion of this Court, for ‘the due process of law’ a defendant must be able to exercise his rights and defend his interests effectively and in full procedural equality with other defendants. It is important to recall that the judicial process is a means to ensure, insofar as possible, an equitable resolution of a difference. The body of procedures, of diverse character and generally grouped under the heading of the due process, is all calculated to serve that end. To protect the individual and see justice done, the historical development of the judicial process has introduced new procedural rights. Examples of the evolving nature of judicial process are the rights not to incriminate oneself, and to have an attorney present when one speaks. These two rights are already part of the legislation and jurisprudence of the more advanced legal systems. And so, the body of judicial guarantees given in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights has evolved gradually. It is a body of judicial guarantees to which others of the same character, conferred by various instruments of international law, can and should be added.

In this regard the Court has held that the procedural requirements that must be met to have effective and appropriate judicial guarantees ‘are designed to protect, to ensure, or to assert the entitlement to a right or the exercise thereof’ and are ‘the prerequisites necessary to

résiste pas à un examen attentif, ni au regard du *texte* de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne de 1963, ni au regard de son objet et de son but, ou de ses travaux préparatoires.

a) *Le texte de la convention de Vienne de 1963*

173. Selon le *texte*, il a déjà été indiqué que c'est l'*individu* qui est titulaire du droit à l'information sur l'assistance consulaire, comme il est précisé dans la dernière partie de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne de 1963 (*supra*). Le dernier membre de phrase de cet alinéa ne laisse en effet aucun doute sur le fait que *c'est l'individu, et non l'Etat*, qui est le titulaire du droit d'être informé sur l'assistance consulaire. Quels que soient les liens qui existent entre cette disposition et les obligations des Etats parties, il s'agit de toute évidence d'un *droit individuel*. Toute violation de ce droit individuel met inévitablement en danger la garantie d'une procédure régulière.

174. Comme l'a dit fort à propos la Cour interaméricaine dans son avis consultatif n° 16 de 1999,

«[L]e Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaît le droit à une procédure régulière (article 14), droit qui «découle de la dignité inhérente à la personne humaine». Cet article énumère un certain nombre de garanties qui s'appliquent à «toute personne qui est accusée d'une infraction pénale» et, à cet égard, il est conforme aux principaux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

De l'avis de la Cour, pour qu'il y ait «procédure régulière», le défendeur doit être en mesure d'exercer ses droits et de défendre ses intérêts de façon effective et en pleine égalité procédurale avec les autres défendeurs. Il est important de rappeler que le processus judiciaire vise à assurer, autant que possible, le règlement équitable d'un différend. L'ensemble des procédures de nature diverse que l'on regroupe généralement sous l'appellation de procédure régulière a pour unique but d'atteindre cet objectif. Pour protéger l'individu et garantir la justice, de nouveaux droits procéduraux se sont graduellement ajoutés au cours du développement historique du processus judiciaire. Parmi ces nouveaux droits, on compte celui de ne pas s'incriminer soi-même et de ne parler qu'en présence d'un avocat. Ces deux droits sont déjà intégrés à la législation et à la jurisprudence des systèmes juridiques les plus avancés. Aussi l'ensemble de garanties judiciaires prévues à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques a-t-il évolué peu à peu. C'est un ensemble de garanties judiciaires auxquelles d'autres droits ou garanties de même nature, inscrits dans différents instruments de droit international, peuvent et doivent s'ajouter.

A cet égard, la Cour a jugé que les exigences procédurales qui doivent être respectées pour que les garanties judiciaires soient effectives et appropriées «visent à protéger, à garantir ou à affirmer un droit ou son exercice» et sont «les conditions préalables nécessaires pour

ensure the adequate protection of those persons whose rights or obligations are pending judicial determination’.

To accomplish its objectives, the judicial process must recognize and correct any real disadvantages that those brought before the bar might have, thus observing the principle of equality before the law and the courts and the corollary principle prohibiting discrimination. The presence of real disadvantages necessitates countervailing measures that help to reduce or eliminate the obstacles and deficiencies that impair or diminish an effective defense of one’s interests. Absent those countervailing measures, widely recognized in various stages of the proceeding, one could hardly say that those who have the disadvantages enjoy a true opportunity for justice and the benefit of the due process of law equal to those who do not have those disadvantages.

This is why an interpreter is provided when someone does not speak the language of the court, and why the foreign national is accorded the right to be promptly advised that he may have consular assistance. These measures enable the accused to fully exercise other rights that everyone enjoys under the law. Those rights and these, which are inextricably inter-linked, form the body of procedural guarantees that ensures the due process of law.

In the case to which this Advisory Opinion refers, the real situation of the foreign nationals facing criminal proceedings must be considered. Their most precious juridical rights, perhaps even their lives, hang in the balance. In such circumstances, it is obvious that notification of one’s right to contact the consular agent of one’s country will considerably enhance one’s chances of defending oneself and the proceedings conducted in the respective cases, including the police investigations, are more likely to be carried out in accord with the law and with respect for the dignity of the human person.

The Court therefore believes that the individual right under analysis in this Advisory Opinion must be recognized and counted among the minimum guarantees essential to providing foreign nationals the opportunity to adequately prepare their defense and receive a fair trial.

The incorporation of this right into the Vienna Convention on Consular Relations — and the discussions that took place as it was being drafted — are evidence of a shared understanding that the right to information on consular assistance is a means for the defense of the accused that has repercussions — sometimes decisive repercussions — on enforcement of the accused’s other procedural rights.

In other words, the individual’s right to information, conferred upon in Article 36 (1) (*b*) of the Vienna Convention on Consular Relations, makes it possible for the right to the due process of law upheld in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights, to have practical effects in tangible cases; the minimum guarantees established in Article 14 of the International Covenant can be amplified in the light of other international instruments like the

garantir la protection adéquate des personnes dont les droits ou les obligations sont en instance devant les tribunaux».

Si l'on veut qu'il atteigne ses objectifs, le processus judiciaire doit reconnaître et corriger les facteurs d'inégalité réelle entre les justiciables, et reconnaître ainsi le principe d'égalité devant la loi et la justice et le principe de non-discrimination qui en découle. L'existence de désavantages réels appelle des mesures de compensation, qui aident à réduire ou à éliminer les obstacles et les lacunes qui entravent ou réduisent la possibilité de défendre effectivement ses intérêts. Sans de telles mesures, largement reconnues aux différentes étapes de la procédure, l'on pourrait difficilement dire que les personnes désavantagées ont vraiment la possibilité d'obtenir justice et de bénéficier de la procédure régulière sur un pied d'égalité avec les personnes qui ne le sont pas.

C'est la raison pour laquelle un interprète est présent lorsque l'accusé ne parle pas la langue de la Cour, et c'est pourquoi l'on accorde au détenu étranger le droit d'être informé qu'il peut faire appel à l'assistance de son consulat. Ces mesures permettent à l'accusé d'exercer pleinement d'autres droits qui sont offerts à tous en vertu de la loi. Tous ces droits sont inextricablement liés et forment l'ensemble des garanties d'une procédure régulière.

Dans le cas sur lequel porte le présent avis consultatif, la situation réelle des ressortissants étrangers qui font face à une procédure pénale doit être prise en considération. Leurs droits les plus précieux au regard de la loi, peut-être même leur vie, sont en jeu. En pareilles circonstances, il est évident qu'être informé de son droit de contacter un agent consulaire de son pays améliore considérablement les chances de l'accusé de se défendre, et la procédure, y compris l'enquête policière, a plus de chances de se dérouler conformément à la loi et dans le respect de la dignité de la personne humaine.

La Cour estime donc que le droit individuel analysé dans le présent avis consultatif doit être reconnu et doit compter parmi les garanties minimales essentielles pour offrir aux ressortissants étrangers la possibilité de préparer adéquatement leur défense et de bénéficier d'un procès équitable.

L'insertion de ce droit dans la convention de Vienne sur les relations consulaires — et les discussions qui ont entouré la rédaction de cette convention — témoignent du fait que, selon les rédacteurs de la convention, le droit à l'information sur l'assistance consulaire est un moyen de défense de l'accusé qui a des répercussions — parfois décisives — sur l'exercice des autres droits procéduraux de l'accusé.

En d'autres termes, grâce au droit à l'information que l'individu tient de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires, le droit à une procédure régulière garanti par l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques peut avoir des effets pratiques dans des affaires concrètes; les garanties minimales énoncées à l'article 14 du Pacte peuvent être amplifiées à la lumière d'autres instruments internationaux

Vienna Convention on Consular Relations, which broadens the scope of the protection afforded to those accused.” (Paras. 116-124.)

(b) *The object and purpose of the 1963 Vienna Convention*

175. As to the *object and purpose* of the Vienna Convention on Consular Relations, they are affected, to the point of not being fulfilled, in case of a breach of the individual right to information on consular assistance (Article 36 (1) (b) of the Convention). Its object and purpose lie in the *commonality* of interests of all the States parties to the 1963 Vienna Convention, in the sense that compliance by the States parties, with all the obligations set forth there under — including the obligation of compliance with the individual right at issue — is to be secured. Accordingly, in so far as consular assistance is concerned, the preservation of, and compliance with, the individual right to information on it (Article 36 (1) (b)) becomes essential to the fulfillment of the object and purpose of the Vienna Convention on Consular Relations.

(c) *The travaux préparatoires of the 1963 Vienna Convention*

176. The *travaux préparatoires* of that provision of the 1963 Vienna Convention contain valuable indications to the same effect. Those *travaux préparatoires* have been insufficiently explored in expert writing, but were the object of close attention on the part of the Advisory Opinion No. 16, of 1999, of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), on *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*. The aforementioned conclusions, on the matter at issue, arrived at by the IACtHR, were grounded on an in-depth analysis of the *travaux préparatoires* of the 1963 Vienna Convention.

177. Besides the elements of those *travaux* referred to by the IACtHR in its Advisory Opinion No. 16 of 1999¹²¹ (and also discussed in the pleadings before the Court¹²²), I deem it fit to add, in this separate opinion in the present *Diallo* case, which the ICJ has just resolved, the following ones, which I find relevant for the clarification of the point at issue, examined herein. In the debates of the 1963 UN Conference on Consular Relations, held in Vienna, the Delegate of Greece (Mr. Spyridakis), for example, stated that Article 36 (1) (b) of the [then] Draft Convention was intended: “to establish an additional safeguard for the rights of the individual and to reinforce the ideal of humanism”¹²³.

¹²¹ Paragraph 90, notes 71-73.

¹²² Cf. e.g., IACtHR, Advisory Opinion No. 16, on *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (1999), Series B (Pleadings, Oral Arguments and Documents), 2000, pp. 39, 66-67, 74, 88, 90-91, 93-94, 117, 129, 131, 146, 167 and 206-207.

¹²³ *United Nations Conference on Consular Relations* (Vienna, 4 March-22 April 1963), Vol. I — UN, *Official Records*, New York, 1963, p. 39.

comme la convention de Vienne sur les relations consulaires, qui élargit la portée de la protection garantie aux accusés.» (Par. 116-124.)

b) *L'objet et le but de la convention de Vienne de 1963*

175. Quant à *l'objet et au but* de la convention de Vienne sur les relations consulaires, ils sont touchés, voire compromis, en cas de violation du droit individuel à l'information sur l'assistance consulaire (alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention). En effet, l'objet et le but de la convention de Vienne de 1963 résident dans les intérêts *communs* de tous les Etats parties, au sens où cette convention vise à garantir le respect par les Etats parties de toutes les obligations qui y sont énoncées, y compris celle de respecter le droit individuel en cause. En conséquence, s'agissant de l'assistance consulaire, la préservation et le respect du droit individuel à l'information sur cette assistance (alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36) sont essentiels si l'on doit réaliser l'objet et le but de la convention de Vienne sur les relations consulaires.

c) *Les travaux préparatoires de la convention de Vienne de 1963*

176. Les travaux préparatoires de cette disposition de la convention de Vienne de 1963 fournissent des indications précieuses à ce sujet. S'ils ont été quelque peu négligés par la doctrine, ces travaux préparatoires ont été étudiés de près dans le cadre de l'avis consultatif n° 16 de 1999 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) sur *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière*. Les conclusions formulées par la CIDH sur cette question sont fondées sur une analyse approfondie des travaux préparatoires de la convention de Vienne de 1963.

177. Outre les éléments de ces travaux dont fait mention la CIDH dans son avis consultatif n° 16 de 1999¹²¹ (et également évoqués devant elle au cours de la procédure¹²²), je crois bon d'ajouter, dans mon opinion individuelle en cette récente affaire *Ahmadou Sadio Diallo* dont la Cour vient de connaître, les éléments ci-après, qui me paraissent pertinents pour la compréhension de la question. Au cours des débats de la Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires tenue à Vienne en 1963, le délégué de la Grèce (M. Spyridakis), par exemple, a déclaré que l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de [ce qui était alors] le projet de convention avait pour but «d'établir une garantie supplémentaire des droits de l'individu et de renforcer l'idéal de l'humanisme»¹²³.

¹²¹ Par. 90, notes 71-73.

¹²² Voir, par exemple, CIDH, avis consultatif n° 16, sur *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière* (1999), série B (Mémoires, plaidoiries et documents), 2000, p. 39, 66-67, 74, 88, 90-91, 93-94, 117, 129, 131, 146, 167 et 206-207.

¹²³ *Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires* (Vienne, 4 mars-22 avril 1963), vol. I — Nations Unies, *Documents officiels*, New York, 1963, p. 39.

In stressing the relevance of that provision, he added that that work of codification of international law on consular relations had taken into account the promotion and protection of human rights, and “future generations would be grateful” for that¹²⁴.

178. The Delegate of Australia (Mr. Woodberry), in the same line, stressed the importance, in the present context of consular assistance, of securing respect for the fundamental rights of the individual, emanating from a “principle upon which the United Nations was based”¹²⁵. The Delegate of Korea (Mr. Chin), in turn, deemed it fit to point out that the duty of the receiving State under Article 36 (1) (b) of the Draft Convention was: “extremely important, because it related to one of the fundamental and indispensable rights of the individual”¹²⁶.

179. In the same line of reasoning, the Delegate of Tunisia (Mr. Bouziri) also singled out the great importance of consular assistance, as detention was “a serious infringement of the freedom and dignity of the individual”; the measures provided for in Article 36 (1) (b) of the Draft Convention were thus “necessary to protect the rights of foreigners”¹²⁷. The same point was made by the Delegates of the United Kingdom (Mr. Evans)¹²⁸ and of Kuwait (Mr. S. M. Hosni)¹²⁹. The Delegate of France (Mr. de Menthon) stressed the need to secure respect for one of the fundamental rights of the individual, and thus to reinforce further information on consular assistance¹³⁰.

180. The Delegate of Spain (Mr. Pérez Hernández) regarded the right to information on consular assistance and to enjoy willingly such assistance, as “one of the most sacred rights of foreign residents in a country”¹³¹. The Delegate of Vietnam (Mr. Vu-Van-Mau) made the point that, as *titulaire* of the right to information on consular assistance, it was the individual himself who was to decide whether he wished or not to count on the assistance of his consul: one was here faced with “the rights of the detained person”¹³². Likewise, the Delegate of India (Mr. Krishna Rao) also stated that it was for the individual concerned to decide whether to avail himself or not of consular assistance¹³³.

181. In connection with this latter, the Delegates of Ecuador (Mr. Alvarado Garaicoa)¹³⁴ and Ukraine (Mr. Zabigailo)¹³⁵ saw it fit to

¹²⁴ *United Nations Conference on Consular Relations*, note 123 *supra*, p. 339.

¹²⁵ *Ibid.*, pp. 331-332.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 338.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 339.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 339.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 332.

¹³⁰ *Ibid.*, pp. 38, 332 and 344.

¹³¹ *Ibid.*, p. 332, and cf. also pp. 335 and 344.

¹³² *Ibid.*, p. 37.

¹³³ *Ibid.*, p. 339, and cf. p. 333.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 333.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 46.

Soulignant la pertinence de cette disposition, il a ajouté que ce travail de codification du droit international sur les relations consulaires avait pris en compte la promotion et la protection des droits de l'homme et que «les générations futures seraient reconnaissantes» à cet égard¹²⁴.

178. Le délégué australien (M. Woodberry), abondant dans ce sens, a souligné pour sa part qu'il importait, dans le contexte de l'assistance consulaire, d'assurer le respect des droits fondamentaux de l'individu, qui découlaient d'un «principe sur lequel les Nations Unies étaient fondées»¹²⁵. Le délégué de la Corée (M. Chin) a jugé pertinent de signaler que le devoir de l'Etat de résidence au titre de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), était «extrêmement important, puisqu'il était lié à l'un des droits fondamentaux et indispensables de l'individu»¹²⁶.

179. Dans la même ligne de pensée, le délégué de la Tunisie (M. Bouziri) a aussi relevé l'importance considérable de l'assistance consulaire, la détention étant «une grave atteinte à la liberté et à la dignité de l'individu»; les mesures prévues à l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), du projet de convention étaient donc «nécessaires pour protéger les droits des étrangers»¹²⁷. Le même argument a été avancé par les délégués du Royaume-Uni (M. Evans)¹²⁸ et du Koweït (M. S. M. Hosni)¹²⁹. Le délégué de la France (M. de Menthon) a souligné la nécessité de faire respecter l'un des droits fondamentaux de l'individu et donc de renforcer l'information sur l'assistance consulaire¹³⁰.

180. Le délégué de l'Espagne (M. Pérez Hernandez) considérait le droit de recevoir de l'information sur l'assistance consulaire et de bénéficier, s'ils le souhaitent, d'une telle assistance comme «l'un des droits les plus sacrés des résidents étrangers d'un pays»¹³¹. Le délégué du Vietnam (M. Vu-Van-Mau) a signalé que, en tant que titulaire du droit à l'information sur l'assistance consulaire, c'était l'individu lui-même qui devait décider s'il souhaitait ou non avoir recours à l'assistance de son consul: il s'agissait ici des «droits de la personne détenue»¹³². De même, le délégué de l'Inde (M. Krishna Rao) a déclaré qu'il appartenait à l'individu concerné de décider s'il souhaitait ou non se prévaloir de l'assistance consulaire¹³³.

181. Sur ce dernier point, les délégués de l'Equateur (M. Alvarado Garaicoa)¹³⁴ et de l'Ukraine (M. Zabigailo)¹³⁵ ont évoqué la Décla-

¹²⁴ *Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, op. cit. supra* note 123, p. 339.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 331-332.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 338.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 339.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 339.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 332.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 38, 332 et 344.

¹³¹ *Ibid.*, p. 332, et voir aussi p. 335 et 344.

¹³² *Ibid.*, p. 37.

¹³³ *Ibid.*, p. 339, et voir p. 333.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 333.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 46.

refer to the 1948 Universal Declaration of Human Rights. The Delegate of Switzerland (Mr. Serra), on his turn, referred, in the present context of consular assistance, to “the freedom of the human person” and “the expression of the will of the individual”, as “fundamental principles” taken into account by the “instruments concluded under the auspices of the United Nations”¹³⁶. He added emphatically that:

“[t]he Swiss Delegation was prepared to agree to any proposal which referred to the freely expressed wish of the person concerned. That was the object of its amendment for the addition of a new paragraph (. . .). What mattered was that the essential principle which (. . .) was laid down in a number of bilateral conventions should be stated in the text being prepared by the Conference. [It] would be unable to accept any formula which ignored the will of the persons concerned.”¹³⁷

(d) *General assessment*

182. All the aforementioned interventions, at an advanced stage of the preparatory work of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations — which, in historical perspective, preceded in three years the adoption of the two UN Covenants on Human Rights (on Civil and Political Rights, as well as on Economic, Social and Cultural Rights, respectively) — indicated that, already at that time, there was awareness among participating Delegations as to the need to insert the right to information on consular assistance into the conceptual universe of human rights. There were, in the debates of 1963 at the Vienna Conference, no less than 19 interventions pointing in this same direction.

183. In addition to those interventions, the UN High Commissioner for Refugees submitted a memorandum to the 1963 Vienna Conference, wherein it singled out that draft Article 36 of the Draft Convention was one of its two provisions that had a direct bearing upon its own work, in so far as the protection of the rights of nationals of the sending State in the State of residence were concerned¹³⁸. There was indeed an awareness of the imperative of human rights protection, *even before the adoption of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD) in 1965 and of the two UN Covenants on Human Rights in*

¹³⁶ Cf. *United Nations Conference on Consular Relations*, note 123 *supra*, p. 335.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 335. On the Swiss amendment, cf. *United Nations Conference on Consular Relations* (Vienna, 4 March-22 April 1963), Vol. II — UN, *Official Records*, New York, 1963, p. 83. The comment to draft Article 36 of the Draft Convention observed that “[s]i les droits prévus au présent article doivent s’exercer conformément aux lois et règlements de l’Etat de résidence, cela ne veut pas dire que ces lois et règlements pourraient mettre à néant les droits dont il s’agit”; *ibid.*, p. 25.

¹³⁸ Cf. doc. A/CONF.25/L.6, reproduced in *United Nations Conference on Consular Relations*, *op. cit. supra*, note 137, p. 53.

ration universelle des droits de l'homme de 1948. Le délégué de la Suisse (M. Serra) s'est référé pour sa part, à propos de l'assistance consulaire, à «la liberté de la personne humaine» et à «l'expression de la volonté de l'individu», qu'il considérait comme les «principes fondamentaux» pris en compte dans les «instruments conclus sous les auspices des Nations Unies»¹³⁶. Il a insisté sur le fait que :

«[L]a délégation suisse était prête à accepter toute proposition qui ferait mention du souhait librement exprimé de la personne intéressée. Tel était l'objet de son amendement visant à ajouter un nouveau paragraphe ... L'important était que le principe essentiel ... énoncé dans un certain nombre de conventions bilatérales soit exprimé dans le texte que la conférence était en train de rédiger. [La Suisse] ne pourrait accepter une formulation qui ne mentionne pas la volonté des personnes intéressées.»¹³⁷

d) *Appréciation générale*

182. Toutes les interventions évoquées plus haut, qui ont été faites à une étape avancée des travaux préparatoires de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 — qui, historiquement, ont précédé de trois ans l'adoption des deux pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme (le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) —, indiquent que, dès cette époque, les délégations participantes étaient conscientes de la nécessité d'inclure le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans l'univers conceptuel des droits de l'homme. Pas moins de dix-neuf interventions ont été faites en ce sens au cours de la conférence de Vienne de 1963.

183. En plus de ces interventions, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a présenté à la conférence un mémorandum dans lequel il précisait que le projet d'article 36 du projet de convention était l'une des deux dispositions du texte qui avaient une incidence directe sur son activité, sous l'angle de la protection des droits des nationaux de l'Etat d'envoi dans l'Etat de résidence¹³⁸. L'impératif de protection des droits de l'homme était donc bien présent dans les esprits, *même avant l'adoption de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale en 1965 et des deux pactes des Nations Unies relatifs*

¹³⁶ *Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, op. cit. supra* note 123, p. 335.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 335. Sur l'amendement suisse, voir *Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires* (Vienne, 4 mars-22 avril 1963), vol. II — Nations Unies, *Documents officiels*, New York, 1963, p. 83. Dans le commentaire sur le projet d'article 36 du projet de convention, on lit que, «[s]i les droits prévus au présent article doivent s'exercer conformément aux lois et règlements de l'Etat de résidence, cela ne veut pas dire que ces lois et règlements pourraient mettre à néant les droits dont il s'agit»; *ibid.*, p. 25.

¹³⁸ Voir Nations Unies, doc. A/CONF.25/L.6, reproduit dans *Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, op. cit. supra* note 137, p. 53.

1966, at the early stage of the legislative phase of UN human rights treaties.

184. Such awareness, and the legal consequences of the consideration of the matter within the conceptual universe of human rights, were grasped and properly developed, more than three decades later, by the IACtHR in its Advisory Opinion No. 16 on *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (1999) — consolidated by its Advisory Opinion No. 18 on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants* (2003) — which contributed decisively to the process of *humanization of consular law*¹³⁹, going well beyond the inter-State dimension.

185. The aforementioned Advisory Opinion No. 16 (1999) was brought to the attention of the ICJ in proceedings before this latter, and paved the way its reasonings in the resolution of the triad of the *Breard/LaGrand/Avena* cases. Such advance of humanization of consular law is bound to be an irreversible one. Human conscience, the universal juridical conscience (as the ultimate material source of international law), was soon awakened so as to fulfill a pressing need to this effect. Human conscience was soon attentive to fulfill the needs of protection of human beings in all circumstances, including in situations of deprivation of personal liberty abroad. Such irreversibility of the advance of humanization, in the present domain of international law, among others, is a reassuring one.

186. It leaves no room for steps backwards, or hesitations. From the preceding review, it is clear that, contrary to what this Court stated in paragraph 124 (*cit. supra*, para. 171) in its Judgment of 2004 in the *Avena* case (dismissing a submission by Mexico), the point at issue — concerning a provision of a UN Convention of universal scope, such as the 1963 Vienna Convention on Consular Relations — is a point which this Court, as the principal judicial organ of the United Nations, needs indeed to pronounce upon or decide.

187. It could have done so in the present *Diallo* case — since the point was raised before it in the course of the oral phase of the proceedings of the *cas d'espèce* — but it preferred to give a rather summary treatment to the consideration of Article 36 (1) (*b*) of the 1963 Vienna Convention. Moreover — and contrary again to what this Court asserted in 2004 in the *Avena* case — both the text, and object and purpose of the 1963 Convention, as well as several indications in its *travaux préparatoires* (cf. *supra*), clearly support the view (then advanced by Mexico, on the basis

¹³⁹ Cf. A. A. Cançado Trindade, “The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case Law and Practice”, 6 *Chinese Journal of International Law* (2007), pp. 1-16.

aux droits de l'homme en 1966, dès le début de la phase législative qui a vu la rédaction des traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme.

184. Cet impératif, de même que les conséquences juridiques de l'examen de cette question dans le cadre de l'univers conceptuel des droits de l'homme, étaient aussi présents, plus de trois décennies plus tard, dans l'esprit de la CIDH, laquelle leur a donné la forme voulue dans son avis consultatif n° 16 sur *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière* (1999) — renforcé ensuite par son avis consultatif n° 18 sur *La situation juridique et les droits des migrants sans papiers* (2003) — qui a contribué de façon décisive au processus d'*humanisation* du droit consulaire¹³⁹, bien au-delà de sa dimension interétatique.

185. L'avis consultatif n° 16 de 1999 a été porté à l'attention de la CIJ à l'occasion d'affaires dont elle a connu et a ouvert la voie au raisonnement de la Cour dans les trois affaires *Breard*, *LaGrand* et *Avena*. Ce progrès dans l'humanisation du droit consulaire est sans nul doute irréversible. La conscience humaine, la conscience juridique universelle (en tant que source matérielle ultime du droit international) ont vite été éveillées à la nécessité de répondre à ce besoin pressant. La conscience humaine est vite devenue attentive au besoin de protéger la personne humaine dans toutes les circonstances, y compris lorsqu'elle est privée de sa liberté personnelle à l'étranger. Ce caractère irréversible de l'humanisation du domaine de droit international qui nous intéresse, entre autres, est rassurant.

186. Ce mouvement ne laisse place ni au recul ni à l'hésitation. L'examen qui précède montre clairement que, contrairement à ce que la Cour internationale de Justice a dit au paragraphe 124 (*cit. supra*, par. 171) de son arrêt de 2004 en l'affaire *Avena* (dans lequel elle rejetait une conclusion du Mexique), la question en cause — qui touche une disposition d'une convention des Nations Unies de portée universelle comme la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 — est une question que la Cour, en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies, doit effectivement juger ou trancher.

187. La Cour aurait pu le faire dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo* — car la question a été soulevée devant elle au cours de la phase orale de la procédure — mais elle a préféré traiter de façon assez sommaire l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne de 1963. D'autant plus — et encore une fois contrairement à ce que la Cour a affirmé en 2004 dans l'affaire *Avena* — que le texte, aussi bien que l'objet et le but de la convention de 1963, ainsi que plusieurs indications des travaux préparatoires (*supra*), étayaient à l'évidence le point de vue

¹³⁹ Voir A. A. Cançado Trindade, «The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case Law and Practice», *Chinese Journal of International Law*, vol. 6 (2007), p. 1-16.

of the Advisory Opinion No. 16, of 1999, of the IACtHR) that the right to information on consular assistance belongs to the conceptual universe of human rights, and non-compliance with it ineluctably affects judicial guarantees vitiating the due process of law.

188. It is not for this Court to keep on cultivating, in *obiter dicta*, hesitations or ambiguities, such as those of paragraph 124 of its *Avena* Judgment of 2004. Furthermore, in this transparent age of *internet*, to attempt capriciously to overlook or to ignore the contribution of other contemporary international tribunals to the progressive development of international law — in the sense of the irreversible advance of its humanization — seems to attempt to avoid the penetrating sunlight with a fragile blindfold.

IX. THE NOTION OF “CONTINUING SITUATION”: THE PROJECTION OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS IN TIME

189. Having examined the material content of the human rights protected in the *cas d'espèce*, as well as the jurisprudential construction of the right to information on consular assistance in the conceptual universe of human rights, I may now turn to the next point, before moving on to the question of the right to reparation in the present *Diallo* case: I allow myself to turn now to the notion of “continuing situation”, in the framework of the projection of human rights violations in time. This is an issue which has not yet been satisfactorily resolved in contemporary international case law and legal doctrine, and thus requires careful attention in our days.

190. We have already seen that the ACHPR, in the case of *Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers Committee for Human Rights, and Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa v. Sudan* (1999), established the occurrence of “serious and continuing violations of Article 6”¹⁴⁰ of the African Charter (cf. para. 122, *supra*). This was not the only occasion wherein the notion of “continuing situation” marked presence in the practice of the ACHPR.

191. To recall but another example, in its decision in the *L. Zegveld and M. Ephrem v. Eritrea* case (2003), the ACHPR, having found that 11 persons were being held, since September 2001, under “secret detention without any access to the courts, lawyers or family”, added:

“Regrettably, these persons’ rights *are continually being violated* even today, as the Respondent State is still holding them in secret

¹⁴⁰ Emphasis added.

(alors avancé par le Mexique sur la base de l'avis consultatif n° 16 de 1999 de la CIDH) selon lequel le droit à l'information sur l'assistance consulaire appartient à l'univers conceptuel des droits de l'homme et le méconnaître revient inéluctablement à saper les garanties judiciaires et à compromettre la régularité de la procédure.

188. Il ne convient pas que la Cour internationale de Justice continue à cultiver, dans ses *obiter dicta*, l'attribution ou l'ambiguïté, comme elle l'a fait au paragraphe 124 de son arrêt *Avena* de 2004. Bien plus, à l'ère de la transparence et de l'*Internet*, tenter capricieusement de passer sous silence ou de négliger la contribution d'autres tribunaux internationaux contemporains au développement progressif du droit international — au sens du progrès irréversible de son humanisation — revient à se couvrir les yeux d'un fragile bandeau pour occulter la lumière pénétrante du soleil.

IX. LA NOTION DE «SITUATION CONTINUE»:

LA PROJECTION DES VIOLATIONS DES DROITS DE L'HOMME DANS LE TEMPS

189. Après avoir examiné le contenu matériel des droits de l'homme protégés dans le cas d'espèce, ainsi que la jurisprudence relative au droit à l'information sur l'assistance consulaire dans l'univers conceptuel des droits de l'homme, je peux maintenant examiner le point suivant, avant de passer à la question du droit à réparation en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*. Je me permets maintenant d'aborder la notion de «situation continue» dans le cadre de la projection des violations des droits de l'homme dans le temps. Cette question n'a jusqu'à présent pas été résolue de façon satisfaisante dans la doctrine et le droit international contemporains et exige en conséquence un examen attentif.

190. Nous avons déjà vu que la CADHP, en l'affaire *Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers Committee for Human Rights et Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa c. Soudan* (1999), a établi qu'il y avait eu «de sérieuses et constantes violations de l'article 6»¹⁴⁰ de la Charte africaine (par. 122, *supra*). Ce n'est pas la seule apparition de la notion de «situation continue» dans la pratique de la Commission.

191. Pour ne citer qu'un autre exemple, dans sa décision en l'affaire *L. Zegveld et M. Ephrem c. Érythrée* (2003), la CADHP, après avoir jugé que onze personnes avaient, depuis septembre 2001, été gardées en détention «au secret, sans aucun accès aux tribunaux, à des avocats ou à leurs familles», a ajouté:

«Malheureusement, les droits de ces personnes *continuent d'être violés* jusqu'à présent, comme elles sont encore gardées au secret, en

¹⁴⁰ Les italiques sont de moi.

detention in blatant violation of their rights to liberty and recourse to fair trial.”¹⁴¹

192. Likewise, in its practice the UN Human Rights Committee has acknowledged the existence of “continuing” or “persistent” violations of human rights under the Covenant on Civil and Political Rights. It has also referred to “continuing” or “persistent effects” of certain human rights breaches under the Covenant, in relation with the difficulties it has at times faced to examine *ratione temporis* certain individual communications lodged with it¹⁴². In fact, in its practice, the Committee has displayed its keen awareness of the *time factor* in the settlement of cases raising issues of competence *ratione temporis*.

193. In this respect, reference can also be made to the Committee’s General Comment No. 26 (of 1997), on the *continuity of obligations*, with an incidence in the law of treaties (cf. para. 3). Reference can further be made to its General Comment No. 31 (of 2004), where the Committee espoused the view that the individual’s right to an effective remedy

“may in certain circumstances require States parties to provide for and implement provisional or interim measures to avoid *continuing situations* and to endeavour to repair at the earliest possible opportunity any harm that may have been caused by such violations”¹⁴³.

194. In sum, in the exercise of its functions, the Committee has, in my view, aptly identified, in its interpretation of the Covenant on Civil and Political Rights, the proper *time* and *space* dimensions in all its consequences. Examples of the former are provided by its endorsement of the notions of *continuing situation* and *persistent effects*, in its handling of communications, as well as, in certain circumstances, of *potential victims*. As to the latter, an example is provided by its endorsement of the *extra-territorial* application of the protected rights. It is beyond the scope of the present separate opinion to embark on an examination of this latter.

195. I have, in fact, devoted considerable attention to the notion of “continuing situation” in my recent dissenting opinion in the case of *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy) (Counter-Claim, Order of 6 July 2010, I.C.J. Reports 2010 (I), p. 329)*, having devoted four sections of it (VII-X) to: (a) the origins of that concept in international legal doctrine (paras. 60-64); (b) its configuration in international litigation and case law, in public international law as well as in International Human Rights Law (paras. 65-83); (c) its configuration in inter-

¹⁴¹ Para. 57; emphasis added.

¹⁴² For a recent assessment, cf. L. Hennebel, *La jurisprudence du Comité des droits de l’homme des Nations Unies — Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Brussels, Bruylant/Nemesis, 2007, pp. 374-381.

¹⁴³ Para. 19; emphasis added.

violation flagrante de leurs droits à la liberté et au recours à un procès équitable.»¹⁴¹

192. De même, dans sa pratique, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a reconnu l'existence de violations «continues» ou «persistantes» des droits de l'homme au regard du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le Comité a également parlé d'«effets continus» ou «persistants» de certaines violations des droits de l'homme commises au regard du Pacte, à propos des difficultés qu'il avait parfois rencontrées pour examiner *ratione temporis* certaines communications à lui soumises¹⁴². En fait, dans sa pratique, le Comité s'est montré très conscient du *facteur temps* dans le règlement des affaires soulevant des questions de compétence *ratione temporis*.

193. A cet égard, il peut également être fait mention de l'observation générale n° 26 (de 1997) du Comité, portant sur *La continuité des obligations* et l'incidence de cet aspect dans le droit des traités (par. 3). On peut également mentionner l'observation générale n° 31 (de 2004), dans laquelle le Comité s'est dit d'avis que le droit de l'individu à un recours utile

«p[ouvai]t dans certaines circonstances obliger l'Etat partie à prévoir et à appliquer des mesures provisoires ou conservatoires pour éviter la *poursuite des violations* et tenter de réparer au plus vite tout préjudice susceptible d'avoir été causé par de telles violations»¹⁴³.

194. Bref, lorsqu'il a, dans l'exercice de ses fonctions, interprété le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité a selon moi bien identifié les dimensions *temporelle* et *spatiale* de la question et toutes leurs conséquences. S'agissant du temps, le Comité a, par exemple, fait siennes les notions de *situation continue* et d'*effets persistants* dans son traitement des communications, et, dans certaines circonstances, la notion de *victime potentielle*. S'agissant de l'espace, le Comité a approuvé l'application *extraterritoriale* des droits protégés. L'examen de ce dernier aspect dépasse cependant la portée de la présente opinion individuelle.

195. J'ai consacré une attention considérable à la notion de «situation continue» dans ma récente opinion dissidente en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie) (demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 329)*, question à laquelle j'ai consacré quatre sections (VII-X) de mon opinion, notamment sur les aspects suivants: *a)* les origines de ce concept dans la doctrine internationale (par. 60-64); *b)* sa configuration dans les affaires litigieuses et la jurisprudence internationales, dans le droit international

¹⁴¹ Par. 57; les italiques sont de moi.

¹⁴² Pour une évaluation récente, voir L. Hennebel, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies — Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2007, p. 374-381.

¹⁴³ Par. 19; les italiques sont de moi.

national legal conceptualization at normative level; and (d) its presence in that case. It is not my intention to repeat here the analysis I developed therein.

196. Suffice it here to refer to my considerations on the jurisprudential construction of “continuing situation” on the part of both the European and the Inter-American Courts of Human Rights (paras. 73-83). Particularly illustrative are, *inter alia*, the three judgments of the Inter-American Court in the leading case of *Blake v. Guatemala* (preliminary objections, of 2 July 1996; merits, of 24 January 1998; and reparations, of 22 January 1999), and the recent judgment of the Grand Chamber of the European Court in *Varnava and Others v. Turkey* case (of 18 September 2009). It is not at all surprising that the notion of “continuing situation” has been developed to a larger extent in the domain of the international protection of human rights. This significant jurisprudential development cannot pass unnoticed to the ICJ in our days.

197. In the consideration of the present *Diallo* case, the point at issue is reflected in the joint declaration of five Members of this Court¹⁴⁴, appended to the present Judgment. I feel obliged to add yet another remark thereto, in the line of the observations developed in this section (IX) of my separate opinion. The griefs suffered by Mr. A. S. Diallo in the present case disclose a *factual nexus* between the arrests and detentions of 1988-1989 and those of 1995-1996, prior to his expulsion from the country of residence in 1996. Those griefs, *extended in time*, were in breach of the applicable law in the present case (Articles 9 and 13 of the Covenant on Civil and Political Rights, Articles 6 and 12 (4) of the African Charter on Human and Peoples’ Rights, Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations), as interpreted in pursuance of the hermeneutics of human rights treaties.

198. At the time of his arrests and detention, Mr. A. S. Diallo was not informed of the charges against him, nor could he have availed himself without delay of his right to information on consular assistance. His griefs were surrounded by arbitrariness on the part of State authorities. Moreover, there was a chain of causation, a *causal nexus*, in that *continuity* of occurrences, to be borne in mind (with a direct incidence on the reparation due to Mr. A. S. Diallo), which the Court’s majority regrettably failed to consider. The projection of human rights in time also raises the issue of the prolonged lack of access to justice.

199. This *causal nexus* could at least have been considered as evidence put before the Court, but was simply discarded by the Court’s major-

¹⁴⁴ Cf. joint declaration of Judges Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cançado Trindade and Yusuf.

public ainsi que dans le droit international des droits de l'homme (par. 65-83); *c*) sa configuration dans les concepts juridiques internationaux adoptés au plan normatif; et *d*) sa présence en l'instance. Je ne reprendrai pas ici l'analyse déjà développée.

196. Je rappellerai seulement les considérations que j'ai présentées sur la construction jurisprudentielle de la notion de «situation continue» par les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme (par. 73-83). Les trois arrêts de la Cour interaméricaine dans l'importante affaire *Blake c. Guatemala* (exceptions préliminaires, 2 juillet 1996; fond, 24 janvier 1998; et réparations, 22 janvier 1999) et le récent arrêt de la Grande chambre de la Cour européenne en l'affaire *Varnava et autres c. Turquie* (18 septembre 2009) sont particulièrement instructifs à cet égard. Il n'est pas du tout étonnant que la notion de «situation continue» se soit développée particulièrement dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme. Cette évolution importante de la jurisprudence ne saurait aujourd'hui passer inaperçue à la CIJ.

197. Dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, la question qui nous intéresse est abordée dans la déclaration commune de cinq membres de la Cour¹⁴⁴ annexée à l'arrêt. Je me sens obligé d'ajouter encore à ce sujet une autre remarque, qui va dans le sens des observations déjà présentées dans cette section (IX) de mon opinion individuelle. Les préjudices subis par M. A. S. Diallo dans la présente affaire révèlent un *næud factuel*, des éléments de fait indissociables, dans les arrestations et placements en détention de 1988-1989 et de 1995-1996, avant l'expulsion de M. Diallo de son pays de résidence en 1996. Ces préjudices, qui se sont *prolongés dans le temps*, étaient contraires au droit applicable en l'espèce (articles 9 et 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 6 et paragraphe 4 de l'article 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires), interprété conformément à l'herméneutique des traités des droits de l'homme.

198. Lorsqu'il a été arrêté et placé en détention, M. A. S. Diallo n'a pas été informé des accusations portées contre lui et n'a pu se prévaloir sans délai de son droit à l'information sur l'assistance consulaire. Les préjudices qu'il a subis ont été accompagnés d'arbitraire de la part des autorités étatiques. De plus, il existait une chaîne de causalité, un *næud causal*, dans cette *séquence continue* d'événements, dont il doit être tenu compte (ce qui aura une incidence directe sur la réparation due à M. Diallo), élément que la majorité de la Cour n'a, malheureusement, pas pris en considération. La projection des droits de l'homme dans le temps soulève également la question du déni prolongé d'accès à la justice.

199. Ce *næud causal* aurait pu au moins être considéré comme un élément de preuve présenté devant la Cour, mais la majorité de la Cour l'a

¹⁴⁴ Voir déclaration commune de MM. les juges Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cançado Trindade et Yusuf.

ity¹⁴⁵. The Court could at least have taken into account — in my view it should have — the circumstances of the arrests and detention in 1988-1989 in its consideration of the arrests and detention of 1995-1996, prior to Mr. A. S. Diallo's expulsion from the DRC in 1996. Keeping the aforementioned *factual nexus* and *causal nexus* in mind, it could hardly be denied that there was a *continuing situation* of breaches of Mr. A. S. Diallo's individual rights (specified *supra*), in the period extending from 1988 to 1996.

X. THE INDIVIDUAL AS VICTIM: REFLECTIONS ON THE RIGHT TO REPARATION

200. I have now come to the consideration of the issue of the right to reparation in the *cas d'espèce*. As to resolatory points 7 and 8 (duty to make appropriate reparation) of the *dispositif* of the Court's Judgment in the present *Diallo* case, which were adopted with my concurring vote, I feel obliged, in addition, to express my concern that the provision of adequate reparation is still to wait further, till the Court eventually decides later on this aspect (pursuant to resolatory point 7), in case the contending Parties fail to reach an agreement on this issue within the forthcoming six months. To my mind, this resembles an arbitral, rather than a truly judicial procedure, and looks somewhat disquieting to me.

201. This is particularly so, if we bear in mind the prolonged length of time that the handling of this case by the Court has taken. Since Guinea's Application of 1998 until the delivery by the Court of its decision of 2007 on preliminary objections, almost a decade was consumed¹⁴⁶. Subsequently, from the deposit of the DRC's Counter-Memorial of 2008 until the end of the oral phase of pleadings before the Court in 2010, another three years have passed¹⁴⁷. At last, the Court has just delivered today, 30 November 2010, its present Judgment on the merits of the *cas d'espèce*.

202. The basic claim underlying the present *Diallo* case has thus remained, for consideration by this Court, before this latter for almost 12 years, from the end of December 1998 to the end of November 2010. It could hardly be denied that this has been a prolonged and cumbersome procedure, and a particularly time-consuming one, for reasons not attributable to the Court itself, except for its apparent outlook of such

¹⁴⁵ Despite what it partly conceded in para. 82 of the present Judgment.

¹⁴⁶ Guinea's Application instituting proceedings was lodged with the Court on 28 December 1998, and the deposit of its Memorial took place on 23 March 2001. The DRC raised its preliminary objections on 3 October 2002, to which Guinea opposed its Written Statement of 7 July 2003. Four years later, on 24 May 2007, the Court delivered its Judgment on preliminary objections.

¹⁴⁷ The DRC's Counter-Memorial dates from 27 March 2008, Guinea's Reply was deposited on 19 November 2008, and the DRC's Rejoinder on 5 June 2009; the oral arguments of the Parties in pleadings before the Court lasted from 19 to 29 April 2010.

tout simplement écarté¹⁴⁵. La Cour aurait pu — aurait dû à mon avis — au moins prendre en considération les circonstances de l'arrestation et de la détention de M. Diallo en 1988-1989 lorsqu'elle a examiné son arrestation et sa détention en 1995-1996, avant qu'il ne soit expulsé de la RDC en 1996. Si l'on garde à l'esprit les *nœuds factuel et causal* susmentionnés, il est difficile de nier qu'il y a eu une *situation continue* de violation des droits individuels de M. A. S. Diallo (spécifiés *supra*) pendant la période allant de 1988 à 1996.

X. L'INDIVIDU EN TANT QUE VICTIME : RÉFLEXIONS SUR LE DROIT À RÉPARATION

200. J'en viens maintenant à la question du droit à réparation dans la présente affaire. En ce qui concerne les points 7 et 8 (obligation de fournir une réparation appropriée) du dispositif de l'arrêt de la Cour dans cette affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, sur lesquels j'ai donné mon accord, je me sens obligé d'exprimer en outre ma préoccupation face au fait que la réparation adéquate doit encore attendre la décision ultérieure de la Cour à ce sujet (aux termes du point 7 du dispositif), au cas où les Parties ne pourraient se mettre d'accord sur cette question dans les six mois suivant l'arrêt. A mon avis, cette décision a les apparences d'une procédure arbitrale, plutôt que vraiment judiciaire, ce qui me semble un peu préoccupant.

201. Cette décision est particulièrement préoccupante si l'on tient compte du temps qu'il a fallu à la Cour pour examiner cette affaire. Depuis la requête introduite par la Guinée en 1998 jusqu'à la décision de la Cour en 2007 sur les exceptions préliminaires, près d'une décennie s'est écoulée¹⁴⁶. Par la suite, entre le dépôt du contre-mémoire de la RDC en 2008 jusqu'à la fin de la procédure orale en 2010, trois autres années ont passé¹⁴⁷. Enfin, la Cour vient de rendre aujourd'hui, le 30 novembre 2010, son arrêt au fond.

202. La Cour a donc été saisie de la demande principale en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* pendant près de douze ans, de la fin de décembre 1998 à la fin de novembre 2010. On ne saurait guère nier que la procédure a été lourde et prolongée, qu'elle a été spécialement exigeante du point de vue du temps, pour des raisons que l'on ne peut attribuer à la Cour elle-même, si l'on exclut le fait que la Cour semble avoir envisagé cette pro-

¹⁴⁵ Malgré ce qu'elle a partiellement reconnu au paragraphe 82 du présent arrêt.

¹⁴⁶ La requête introductive d'instance de la Guinée a été déposée auprès de la Cour le 28 décembre 1998 et son mémoire, le 23 mars 2001. La RDC a élevé, le 3 octobre 2002, des exceptions préliminaires auxquelles la Guinée a opposé sa déclaration écrite du 7 juillet 2003. Quatre ans plus tard, le 24 mai 2007, la Cour a rendu son arrêt sur les exceptions préliminaires.

¹⁴⁷ Le contre-mémoire de la RDC est daté du 27 mars 2008, la réplique de la Guinée a été déposée le 19 novembre 2008, et la duplique de la RDC le 5 juin 2009; les Parties ont présenté leurs plaidoiries devant la Cour entre le 19 et le 29 avril 2010.

procedure inadequately resembling rather that of an arbitral tribunal — something which is, in my view, to be avoided, *particularly when reparation for human rights breaches is at stake*. The Court is the master of its own jurisdiction, and of its own procedure, and unreasonable prolongation of time-limits for the performance of procedural acts is to be curtailed and avoided.

203. By virtue of the decision taken by the Court in resolatory point 8 of the *dispositif* of the present Judgment, the determination of reparation is now extended for another period of up to six months, to start with. This does not appear reasonable to me, as the subject (*titulaire*) of the rights breached in the present case is not the Applicant State, but the individual concerned, Mr. A. S. Diallo, who is also the ultimate beneficiary of the reparations due. It is thus all too proper to keep in mind the *individual's* right to reparation in the light of the applicable law in the *cas d'espèce* — the international law of human rights, in particular the Covenant on Civil and Political Rights and the African Charter on Human and Peoples' Rights (in addition to the Vienna Convention on Consular Relations).

204. This issue takes us beyond the domain of international procedural law, into that of juridical epistemology, encompassing one's own conception of international law in our times. Here, the Applicant State is the claimant, but the victim is the individual. The Applicant State claims for reparation, but the *titulaire* of the right to reparation is the individual, whose rights have been breached. The Applicant State suffered no damage at all, it rather incurred costs and expenses, in espousing the cause of its national abroad. The damage was suffered by the individual himself (subjected to arbitrary arrests and detention, and expulsion from the State of residence), not by his State of nationality.

205. The individual concerned is at the *beginning* and at the *end* of the present case, and his saga has not yet ended, as a result also of the unreasonable prolongation of the proceedings before this Court. As it can be seen from my own voting on the distinct resolatory points of the *dispositif* of the present Judgment, these latter have left me with mixed feelings, for the lack of consistency of the Court's reasoning on the successive points submitted to its decision. It is about time for this Court to overcome the *acrobaties intellectuelles* ensuing from an undue reliance on the old Vattelian fiction, revived by the PCIJ in the *Mavrommatis* fiction¹⁴⁸ (not a principle, simply a largely surpassed fiction).

¹⁴⁸ In the words of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in the case of the *Mavrommatis Palestine Concessions* (*Greece v. United Kingdom*), *Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*,

“It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic

cédure plutôt à la manière d'un tribunal arbitral — ce qu'il convient à mon avis d'éviter, *particulièrement lorsqu'il s'agit de réparation à raison de violations des droits de l'homme*. La Cour est maîtresse de sa compétence et de sa procédure, et une prolongation déraisonnable des délais doit être évitée.

203. En raison de la décision prise par la Cour au titre du point 8 du dispositif de l'arrêt, la détermination de la réparation est reportée initialement d'une période maximale de six mois. Cela ne me paraît pas raisonnable, étant donné que le titulaire des droits violés en l'espèce n'est pas l'Etat requérant, mais l'individu concerné, M. A. S. Diallo, qui est également, en définitive, le bénéficiaire de la réparation. Il n'est donc que normal de garder à l'esprit le droit à réparation de l'*individu* à la lumière du droit applicable en l'espèce — à savoir le droit international des droits de l'homme, plus particulièrement le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (en plus de la convention de Vienne sur les relations consulaires).

204. Cette question dépasse le domaine du droit procédural international, et nous fait entrer dans le domaine de l'épistémologie juridique, qui comprend notre propre conception du droit international à notre époque. Ici, l'Etat requérant est le demandeur, mais la victime est l'individu. L'Etat requérant demande réparation, mais le titulaire du droit à réparation est l'individu dont les droits ont été violés. L'Etat requérant n'a souffert aucun préjudice, mais plutôt des coûts et des dépens, lorsqu'il a fait sien la cause de son ressortissant à l'étranger. Le préjudice a été subi par l'individu lui-même (qui a subi des arrestations et une détention arbitraires ainsi que l'expulsion de l'Etat de résidence), et non par son Etat de nationalité.

205. L'individu concerné est le *début* et la *fin* de la présente procédure et sa saga n'a pas encore pris fin, en raison notamment de la prolongation déraisonnable de la procédure devant la Cour. Ainsi qu'en témoigne mon vote sur les différents points du dispositif, ces derniers m'ont inspiré des sentiments mitigés, en raison du manque de cohérence du raisonnement de la Cour sur les points successifs de sa décision. Il est temps que la Cour surmonte les *acrobaties intellectuelles* découlant d'une confiance induite dans la vieille fiction vattélienne, ranimée par la Cour permanente de Justice internationale dans la fiction *Mavrommatis*¹⁴⁸ (qui n'est en effet pas un principe, mais simplement une fiction largement dépassée).

¹⁴⁸ En l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, la Cour permanente de Justice internationale s'est exprimée comme suit :

« C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur,

206. It can no longer keep on reasoning within the hermetic parameters of the exclusively inter-State dimension. The recognition of the damage suffered by the individual (paragraph 98 of the Judgment) has rendered unsustainable the old theory of the State's assertion of its "own rights" (*droits propres*), with its underlying voluntarist approach. The *titulaire* of the right to reparation is the individual, who suffered the damage, and State action in diplomatic protection is to secure the reparation due to the individual concerned¹⁴⁹. Such action in diplomatic protection aims at reparation for a damage, usually already consummated, to the detriment of the individual; consular assistance and protection, much closer nowadays to human rights protection, are exercised in a rather *preventive* way, so as to avoid a probable or a new damage to the individual concerned. This affinity of contemporary consular assistance and protection with human rights protection is largely due to the historical rescue of the individual, of the human person, as subject of international law.

207. Had the Court pursued the hermeneutics of the human rights treaties, invoked by the contending States throughout the *whole* of its proceedings (cf. *supra*), in the whole Judgment, this latter would have been entirely a much more consistent and satisfactory one. In particular, the unreasonable prolongation of the presentation of this case before this Court, and of its examination thereof, now added to the prolongation of the settlement of the reparation due to the individual concerned, brings to the fore a concern I have raised, more than once, within the Court: as I sought to demonstrate, and warn, in my dissenting opinion (paras. 46-64) in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) (Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009, p. 139)* as well as in my dissenting opinion (para. 118) in the case of *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy) (Counter-Claim, Order of 6 July 2010, I.C.J. Reports 2010 (I), p. 329)*, the time of human justice is not at all the time of human beings.

action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights — its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.

The question, therefore, whether the present dispute originates in an injury to a private interest, which in point of fact is the case in many international disputes, is irrelevant from this standpoint. Once a State has taken up a case on behalf of one of its subjects before an international tribunal, in the eyes of the latter the State is sole claimant." (P. 12.)

¹⁴⁹ Cf. S. Touzé, *La protection des droits des nationaux à l'étranger — Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, pp. 23, 228-229, 255-257, 319, 322-324 and 453-456; and cf. C. Santuli, "Entre protection diplomatique et action directe: la représentation — Eléments épars du statut international des sujets internes", in: Société française pour le droit international (SFDI), *Le sujet en droit international* (colloque du Mans, 2004), Paris, Pedone, 2005, pp. 93-95.

206. La Cour ne peut continuer à raisonner dans les paramètres hermétiques de la dimension exclusivement interétatique. La reconnaissance du préjudice subi par l'individu (paragraphe 98 de l'arrêt) rend indéfendable la vieille théorie de l'affirmation par l'Etat de ses « droits propres », avec l'approche volontariste qui la sous-tend. Le titulaire du droit à réparation est l'individu qui a subi le préjudice et l'action de l'Etat dans le cadre de la protection diplomatique vise à obtenir la réparation due à l'individu concerné¹⁴⁹. L'action entreprise dans le cadre de la protection diplomatique a pour but d'obtenir la réparation d'un préjudice, habituellement déjà consommé, au détriment de l'individu ; l'assistance et la protection consulaires, qui se rapprochent de nos jours beaucoup plus de la protection des droits de l'homme, s'exercent d'une manière plutôt *préventive* afin d'empêcher un préjudice probable ou nouveau pour l'individu concerné. Cette affinité entre l'assistance et la protection consulaires contemporaines et la protection des droits de l'homme est en grande partie attribuable au sauvetage historique de l'individu, de la personne humaine, en tant que sujet du droit international.

207. Si la Cour avait adhéré tout au long de son arrêt à l'herméneutique des traités des droits de l'homme invoqués par les Etats en présence *tout au long* de la procédure (*supra*), son arrêt aurait été beaucoup plus cohérent et satisfaisant. En particulier, l'allongement déraisonnable de la présentation de cette affaire devant la Cour et de son examen, s'ajoutant maintenant à la prolongation du règlement de la réparation due à l'individu concerné, met en lumière une préoccupation que j'ai soulevée plus d'une fois devant la Cour : comme j'ai essayé de le démontrer, sous forme de mise en garde, dans mon opinion dissidente (par. 46-64) en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) (mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 139)*, ainsi que dans mon opinion dissidente (par. 118) en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie) (demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010 (1), p. 329)*, le temps de la justice humaine n'est pas du tout celui des êtres humains.

l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international.

Il n'y a donc pas lieu, à ce point de vue, de se demander si, à l'origine du litige, on trouve une atteinte à un intérêt privé, ce qui d'ailleurs arrive dans un grand nombre de différends entre Etats. Du moment que l'Etat prend fait et cause pour un de ses nationaux devant une juridiction internationale, cette juridiction ne connaît comme plaideur que le seul Etat.» (P. 12.)

¹⁴⁹ Voir S. Touzé, *La protection des droits humains des nationaux à l'étranger — Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, p. 23, 228-229, 255-257, 319, 322-324 et 453-456 ; et C. Santuli, « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation — Eléments épars du statut international des sujets internes », dans Société française pour le droit international (SFDI), *Le sujet en droit international* (colloque du Mans, 2004), Paris, Pedone, 2005, p. 93-95.

208. In the present *Diallo* case, the criteria followed by the Human Rights Committee on the matter at issue may provide an indication to this Court for the determination of an appropriate reparation for the breaches of the rights under the Covenant (cf. *supra*) suffered by the victim. Ultimately, this may amount to a proper compensation (in the unlikelihood of *restitutio in integrum*) — among other forms of reparation (such as satisfaction, public apology, rehabilitation of the victim, guarantees of non-repetition of the harmful acts, among others) — for the violations of the rights there under, that is, for material and moral damages, fixed to some extent on the basis of considerations of equity.

209. In cases of the kind, such reparations are to be granted *from the perspective of the victims*, human beings (their original claims, needs and aspirations). This discloses a wider horizon in the matter of reparations, when human rights are at stake. The most advanced international case law on such distinct forms of reparation, in cases pertaining to human rights breaches (individually and collectively) is, at present, that of the Inter-American Court of Human Rights (cf. *infra*). As we are here concerned with the UN Covenant on Civil and Political Rights, suffice it now to recall that, in the same line of reasoning, the Human Rights Committee, in its General Comment No. 31 (of 2004), on the *nature of the general legal obligation* (under Article 2) *incumbent upon States parties to the Covenant*, reminded that Article 2 (3) of the Covenant provides for reparations to individuals whose Covenant rights have been violated, and further noted in this respect that reparations can consist of:

“restitution, rehabilitation and measures of satisfaction, such as public apologies, public memorials, guarantees of non-repetition and changes in relevant laws and practices, as well as bringing to justice the perpetrators of human rights violations” (para.16).

210. As already quoted, Article 9 (5) of the Covenant on Civil and Political Rights stipulates that “[a]nyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation”. I have already sustained the need to consider Article 9 of the Covenant as a whole (paras. 35-49, *supra*), including, now, its paragraph 5. In its practice, whenever breaches of Article 9 (and other provisions of the Covenant, such as, *inter alia*, Article 13) have been found, the Human Rights Committee has determined compensation (as a form of reparation) utilizing the general formula:

“In accordance with the provisions of Article 2 of the Covenant, the State party is under an obligation to take measures to remedy the violations suffered by [the petitioner].”

208. Dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, les critères adoptés par le Comité des droits de l'homme sur la question à l'examen peuvent fournir une indication à la Cour pour déterminer une réparation appropriée pour les violations des droits garantis par le Pacte (*supra*) subies par la victime. Cela peut prendre en définitive la forme d'un dédommagement approprié (la *restitutio in integrum* étant peu probable) — parmi d'autres formes de réparation (satisfaction, excuses publiques, réhabilitation de la victime, garanties de non-répétition des actes préjudiciels, entre autres) — pour les violations des droits visés, c'est-à-dire dommages matériels et moraux, fixés dans une certaine mesure sur la base de considérations d'équité.

209. Dans les affaires de cette nature, cette réparation doit être accordée *du point de vue de la victime*, la personne humaine (ses demandes originales, ses besoins et ses aspirations). Les réparations appropriées lorsque les droits de l'homme sont en cause sont à examiner dans une perspective plus large. La jurisprudence internationale la plus avancée en ce qui concerne ces formes de réparation dans les affaires concernant les violations des droits de l'homme (individuels et collectifs) est à l'heure actuelle celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (*infra*). Puisqu'il s'agit ici du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies, il suffira de rappeler pour l'instant que, adoptant un raisonnement analogue, le Comité des droits de l'homme, dans son observation générale n° 31 (2004) sur *La nature de l'obligation juridique générale* (au titre de l'article 2) *incombant aux Etats parties au Pacte*, a rappelé que le paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte prévoyait le versement de réparations aux individus dont les droits aux termes du Pacte ont été violés, et il a noté à cet égard que les réparations pouvaient prendre la forme de :

« restitution, réhabilitation, mesures pouvant donner satisfaction (excuses publiques, témoignages officiels), garanties de non-répétition et modification des lois et pratiques en cause aussi bien que la traduction en justice des auteurs de violations de droits de l'homme » (par. 16).

210. Le paragraphe 5 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, déjà cité, stipule que « [t]out individu victime d'arrestation ou de détention illégale a droit à réparation ». J'ai déjà insisté sur la nécessité de considérer l'article 9 du Pacte comme un tout (par. 35-49, *supra*), notamment son paragraphe 5. Dans sa pratique, lorsqu'il a constaté des violations de l'article 9 (et d'autres dispositions du Pacte, comme par exemple l'article 13), le Comité des droits de l'homme a accordé des dédommagements (une forme de réparation) selon la formule générale suivante :

« En vertu de l'article 2 du Pacte, l'Etat partie est tenu de prendre des mesures pour octroyer [au requérant] une réparation pour les violations qu'il a subies. »

211. Article 2 of the Covenant sets forth a *general* obligation to the States parties¹⁵⁰, which is added to the specific obligations in relation to each of the rights guaranteed there under. The aforementioned general formula allows for flexibility, in the determination of the measures of compensation or other forms of reparation to the victim(s) concerned. The ultimate aim is, naturally, whenever possible, the *restitutio in integrum*, but, when that is not possible, recourse is to be made to the provision of other adequate forms of reparation, as I have just indicated.

212. In any case, and whatever the circumstances might be, it is to be borne in mind that the duty to make reparation reflects a fundamental principle of general international law, promptly captured by the Permanent Court of International Justice (PCIJ), early in its case law, and endorsed by the case law of the ICJ¹⁵¹. That obligation to make reparation is governed by international law in all its aspects (such as, e.g., its scope, forms and characteristics, and the determination of the beneficiaries). Accordingly, compliance with it cannot be made subject to modification or suspension, in any circumstances, by any Respondent States, through the invocation of provisions (or difficulties) of their own domestic law¹⁵².

¹⁵⁰ Article 2 of the Covenant on Civil and Political Rights states that:

- “1. Each State party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.
2. Where not already provided for by existing legislative or other measures, each State party to the present Covenant undertakes to take the necessary steps, in accordance with its constitutional processes and with the provisions of the present Covenant, to adopt such legislative or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized in the present Covenant.
3. Each State party to the present Covenant undertakes:
 - (a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity;
 - (b) To ensure that any person claiming such a remedy shall have his rights thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy;
 - (c) To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.”

¹⁵¹ Cf. *Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 21; *Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 29; *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 228; among others.

¹⁵² Cf. *Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion, 1928, P.C.I.J., Series B, No. 15*, pp. 26-27; *Greco-Bulgarian “Communities”, Advisory Opinion, 1930, P.C.I.J., Series B, No. 17*, pp. 32 and 35; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 6 December 1930, P.C.I.J., Series A, No. 24*, p. 12, and *Free Zones of Upper*

211. L'article 2 du Pacte énonce une obligation *générale* des Etats parties¹⁵⁰, qui s'ajoute aux obligations spécifiques concernant chacun des droits garantis par le Pacte. La formule générale citée plus haut permet une certaine latitude dans la définition des mesures de dédommagement ou d'autres formes de réparation accordées aux victimes. Le but final est naturellement, lorsque cela est possible, la *restitutio in integrum*, mais, lorsque cette dernière n'est pas possible, on doit avoir recours à d'autres formes adéquates de réparation, comme je l'ai déjà indiqué.

212. En tout état de cause, et quelles que soient les circonstances, il convient de rappeler que le devoir de réparation reflète un principe fondamental du droit international général, que la Cour permanente de Justice internationale a rapidement saisi dès sa toute première jurisprudence, et que la CIJ a repris à son compte dans la sienne¹⁵¹. Cette obligation de réparation est régie par le droit international sous tous ses aspects (par exemple la portée, les formes et les caractéristiques de la réparation, et ses bénéficiaires). En conséquence, le respect de cette obligation ne peut faire l'objet de modification ou de suspension, en quelque circonstance que ce soit, par les Etats défendeurs, sous prétexte que leur droit interne l'interdit ou y fait obstacle¹⁵².

¹⁵⁰ L'article 2 du Pacte relatif aux droits civils et politiques est ainsi libellé :

- « 1. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.
2. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur.
3. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à :
- a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles;
 - b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel;
 - c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié. »

¹⁵¹ Voir *Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 21; Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 29; Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 228, entre autres.*

¹⁵² Voir *Compétence des tribunaux de Dantzig, avis consultatif, 1928, C.P.J.I. série B n° 15, p. 26-27; « Communautés » gréco-bulgares, avis consultatif, 1930, C.P.J.I. série B n° 17, p. 32 et 35; Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, ordonnance du 6 décembre 1930, C.P.J.I. série A n° 24, p. 12, et arrêt, 1932, C.P.J.I. série AIB n° 46,*

XI. BEYOND THE INTER-STATE DIMENSION:
INTERNATIONAL LAW FOR THE HUMAN PERSON

213. The present *A. S. Diallo* case shows that diplomatic protection was initially resorted to herein, keeping in mind property rights or investments, but the dynamics of the case, at the stage of its merits, underwent a metamorphosis, and it reassuringly turned out to be a case, ultimately, of human rights protection, of the rights inherent to the human person, concerning its liberty and legal security. It is reassuring to see that even a tool conceived in the inter-State optics like diplomatic protection, may turn out to be utilized to safeguard human rights.

214. Whether the outcome of this case corresponded to the original motivations that gave rise to it, is hard to tell. The handling of each case in the course of international adjudication has a dynamics of its own. Yet, the outcome of the *cas d'espèce* is indeed reassuring, in so far as the rights protected are concerned, and it contains a couple of lessons that cannot here pass unnoticed. Let me now address them briefly, as I perceive them.

215. To start with, attempts to revitalize traditional diplomatic protection, with its ineluctable discretionary nature, should not be undertaken underestimating human rights protection — as suggested to the International Law Commission (ILC) in 2000¹⁵³. In my understanding, the greatest legacy of the international legal thinking of the twentieth century, to that of this new century, lies in the historical rescue of the human person as subject of rights emanating directly from the law of nations (the *droit des gens*), as a true subject (not only “actor”) of contemporary international law. The emergence of the international law of human rights has considerably enriched contemporary international law, at both substantive and procedural levels.

216. Secondly, once we move into the much wider (and more satisfactory and gratifying) conceptual universe of the international law of human rights, we have to guard ourselves against inclinations towards

Savoy and the District of Gex, Judgment, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 46, p. 167; Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 44, p. 24.

¹⁵³ The suggestion tried to make one believe that remedies provided by human rights treaties and instruments were “weak”, while diplomatic protection offered a “more effective remedy”, as “most States” would treat it “more seriously” than a complaint against their conduct to “a human rights monitoring body”; ILC, “First Report on Diplomatic Protection” (*rapporteur* J. R. Dugard), UN doc. A/CN.4/506, of 7 March 2000, para. 31. The suggestion simply begs the question, and ignores the considerable achievements under the international law of human rights in recent decades (including remarkable changes in domestic legislation and administrative practices in numerous countries), that would never have been accomplished under discretionary diplomatic protection.

XI. PAR-DELÀ LA DIMENSION INTERÉTATIQUE :
LE DROIT INTERNATIONAL POUR LA PERSONNE HUMAINE

213. Dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, la protection diplomatique a été invoquée à l'origine, compte tenu des droits de propriété ou des investissements, mais la dynamique de l'affaire, au stade du fond, a connu une transformation et l'affaire est finalement devenue — ce qui est rassurant — une affaire de protection des droits de l'homme, des droits inhérents à la personne humaine, concernant sa liberté et sa sécurité juridique. Il est rassurant de constater que même un outil conçu dans l'optique interétatique comme la protection diplomatique peut finalement servir à garantir les droits de l'homme.

214. Il est difficile de dire si l'issue de la présente affaire correspond aux motivations originales qui ont été à sa source. Le traitement de chaque affaire par la justice internationale a sa propre dynamique. Pourtant, l'issue de la présente instance est effectivement de nature à rassurer, du point de vue des droits protégés, et elle contient quelques enseignements qui ne doivent pas être passés sous silence. Qu'il me soit permis de les examiner brièvement dans ma propre perspective.

215. Pour commencer, l'on ne devrait pas tenter de raviver la protection diplomatique traditionnelle, qui est par nature inévitablement discrétionnaire, en sous-estimant la protection des droits de l'homme — ainsi qu'il a été suggéré à la Commission du droit international (CDI) en 2000¹⁵³. A mon sens, le legs le plus précieux de la pensée juridique internationale du XX^e siècle à celle du nouveau siècle est le sauvetage historique de la personne humaine comme sujet de droits émanant directement du droit des gens, en tant que véritable sujet (et non seulement «acteur») du droit international contemporain. L'émergence du droit international des droits de l'homme a considérablement enrichi le droit international contemporain, tant du point de vue du fond que du point de vue de la procédure.

216. En deuxième lieu, une fois entrés dans l'univers conceptuel beaucoup plus large (et plus satisfaisant et gratifiant) du droit international des droits de l'homme, nous devons nous garder de toute perspective par-

p. 167; *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 44, p. 24.*

¹⁵³ Cette suggestion visait à implanter l'idée que les recours offerts par les traités et les instruments des droits de l'homme sont «faibles», alors que la protection diplomatique offre un «recours plus effectif», étant donné que «la plupart des Etats» la traiteront «plus sérieusement» qu'une plainte contre leur conduite introduite devant «un organe de surveillance des droits de l'homme»; CDI, «Premier rapport sur la protection diplomatique» (rapporteur J. R. Dugard), Nations Unies, doc. A/CN.4/506 du 7 mars 2000, par. 31. Cette suggestion élude simplement la question et fait fi des réalisations considérables accomplies au cours des dernières décennies dans le cadre du droit international des droits de l'homme (notamment les changements remarquables apportés aux législations nationales et aux pratiques administratives de nombreux pays), réalisations qui n'auraient jamais été possibles en vertu de la protection diplomatique discrétionnaire.

any partial or atomized outlook¹⁵⁴, such as the one, e.g., put to the ILC one decade ago, to the effect that

“[w]hile the European Convention on Human Rights may offer real remedies to millions of Europeans, it is difficult to argue that the American Convention on Human Rights or the African Charter on Human and Peoples’ Rights have achieved the same degree of success”¹⁵⁵.

217. This is simply not true. One could easily be led into such hurried “conclusion” on the basis of statistical data, but statistics are, in my view, to be approached with great caution, if not critically, as they tend to reveal as much as they conceal. Not all advances in the domain of human rights protection are amenable to quantification. To me, quality prevails over quantity. No one would question the considerable achievements in the European system of human rights protection, as disclosed by its vast and remarkable case law, e.g., on the right to personal liberty and security and the right to a fair trial¹⁵⁶.

218. Yet, there is no reason, or basis, to underestimate or minimize remarkable achievements attained likewise in the inter-American and the African systems of human rights protection. There is general recognition today that the most advanced case law on reparations (in its distinct forms, and including in collective cases) and on provisional measures of protection (encompassing the members of several human collectivities) is that of the Inter-American Court of Human Rights¹⁵⁷. Likewise, the African Commission on Human and Peoples’ Rights has settled cases of

¹⁵⁴ If one remains imprisoned in the Vattelian dream-world of exclusive inter-State relations, one is easily led to the vision that “as long as the State remains the dominant actor in international relations” diplomatic protection “remains the most effective remedy for the promotion of human rights” (UN doc. A/CN.4/506, para. 32) — a vision which simply does not hold true. It overlooks the considerable achievements around the world, in recent decades, under the international law of human rights, reassessed by the United Nations, *inter alia*, in its II World Conference on Human Rights (Vienna, 1993).

¹⁵⁵ Cf. *ibid.*, para. 25.

¹⁵⁶ Articles 5 and 6 of the European Convention of Human Rights.

¹⁵⁷ Carefully constructed, in particular, as from the period 1998-2006. On forms of reparation in cases concerning individuals or individualized victims (as distinguished from those concerning members of whole communities), cf. the IACtHR’s judgments in the cases of *Loayza Tamayo v. Peru* (27 November 1998), *Súñez Rosero v. Ecuador* (20 January 1999), “*Street Children*” (*Villagrán Morales and Others v. Guatemala*) (26 May 2001), *Cantoral Benavides v. Peru* (3 December 2001), *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (22 February 2002), *Hilaire, Benjamin and Constantine et al. v. Trinidad and Tobago* (21 June 2002), *Myrna Mack Chang v. Guatemala* (25 November 2003), *Maritza Urrutia v. Guatemala* (27 November 2003); and, on forms of reparation in cases concerning a

tielle ou fragmentaire¹⁵⁴, comme celle qui a été proposée à la CDI il y a une décennie, et selon laquelle,

«bien que la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales puisse offrir de véritables recours à des millions d'Européens, il est difficile de soutenir que la convention américaine des droits de l'homme ou la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples aient atteint le même degré de succès»¹⁵⁵.

217. Cette affirmation n'est tout simplement pas exacte. Si l'on peut être facilement amené, sur la foi de données statistiques, à cette «conclusion» hâtive, il convient selon moi de regarder les statistiques avec beaucoup de prudence, voire d'esprit critique, car elles cachent au moins autant qu'elles ne révèlent. Tous les progrès dans le domaine de la protection des droits de l'homme ne peuvent être quantifiés. Pour moi, la qualité l'emporte sur la quantité. Personne ne souhaite contester les réalisations considérables du système européen de protection des droits de l'homme, dont témoigne sa vaste et remarquable jurisprudence, par exemple sur le droit à la liberté et à la sécurité de la personne et le droit à un procès équitable¹⁵⁶.

218. Rien ne justifie pourtant que l'on sous-estime ou minimise les remarquables réalisations des systèmes interaméricain et africain de protection des droits de l'homme. Il est généralement reconnu aujourd'hui que la jurisprudence la plus avancée en matière de réparations (sous différentes formes, y compris dans les affaires collectives) et en matière de mesures conservatoires de protection (embrassant les membres de plusieurs collectivités humaines) est celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹⁵⁷. De même, la Commission africaine des droits de

¹⁵⁴ Si l'on se laisse emprisonner dans le monde vattelien onirique des relations étatiques exclusives, on est facilement amené à penser que, «tant que l'Etat demeure l'acteur dominant des relations internationales», la protection diplomatique «reste le recours le plus efficace pour promouvoir les droits de l'homme» (Nations Unies, doc. A/CN.4/506, par. 32) — vision qui ne tient simplement pas la route. En effet, elle ne tient pas compte des réalisations considérables auxquelles on a assisté dans le monde, ces dernières décennies, au titre du droit international des droits de l'homme, réévalué par l'Organisation des Nations Unies lors de sa deuxième Conférence mondiale sur les droits de l'homme (Vienne, 1993).

¹⁵⁵ Voir *ibid.*, par. 25.

¹⁵⁶ Articles 5 et 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹⁵⁷ Soigneusement constituée, en particulier, pendant la période 1998-2006. Sur les formes de réparation dans les affaires concernant des individus ou des victimes considérées en tant qu'individus (par opposition aux affaires concernant des membres de communautés entières), voir les arrêts de la CIDH dans les affaires *Loayza Tamayo c. Pérou* (27 novembre 1998), *Suárez Rosero c. Equateur* (20 janvier 1999), «*Street Children*» (*Villagrán Morales et autres c. Guatemala*) (26 mai 2001), *Cantoral Benavides c. Pérou* (3 décembre 2001), *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (22 février 2002), *Hilaire, Benjamin et Constantine et autres c. Trinité-et-Tobago* (21 juin 2002), *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (25 novembre 2003), *Maritza Urrutia c. Guatemala* (27 novembre 2003). Sur les

special gravity (on the fundamental right to life itself, and other protected rights)¹⁵⁸ that hardly find any parallel either at the UN or at other regional levels.

219. One is thus to avoid the traditional Euro-centric outlook, so common in the study of the law of nations of the past, and so typical of the static vision of so-called “realists”, and one is to pursue a respectful universalist perspective, not only of UN procedures, but also of regional systems of human rights protection, as these latter operate also within the framework of the universality of human rights. The present *Diallo* case affords evidence to this effect, as it has just been resolved by the World Court on the basis of the relevant provisions of a universal instrument (the UN Covenant on Civil and Political Rights) *together* with a regional instrument (the African Charter on Human and Peoples’ Rights), and a UN codification Convention (the Vienna Convention on Consular Relations).

220. Thirdly, in order to provide adequate reparation to the victims of violated rights, we have to move into the domain of the international law of human rights; we cannot at all remain in the strict and short-sighted confines of diplomatic protection, as a result of not only its ineluctable discretionary nature, but also its static inter-State dimension. Reparations, here, require an understanding of the conception of the law of nations centred on the *human person* (*pro persona humana*). Human beings — and not the States — are indeed the ultimate beneficiaries of reparations for human rights breaches to their detriment.

221. The Vattelien fiction of 1758 (expressed in the formula — “*Quiconque maltraite un citoyen offense indirectement l’Etat, qui doit protéger*

plurality of victims, or members of whole communities, cf. the IACtHR’s judgments in the cases of *Aloeboetoe and Others v. Suriname* (10 March 1993), *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* case (1 February 2000), *Massacre of Plan de Sánchez v. Guatemala* (19 November 2004), *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay* (17 June 2005), *Massacre of Mapiripán v. Colombia* (15 September 2005), *Massacre of Pueblo Bello v. Colombia* (31 January 2006), *Moiwana Community v. Suriname* (8 February 2006), *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay* (20 March 2006), *Ituango Massacres v. Colombia* (1 July 2006).

¹⁵⁸ Cf. the case of *The Democratic Republic of the Congo v. Burundi, Rwanda and Uganda* (communication No. 227/99): the African Commission was therein faced with an inter-State communication, in a case involving the use of armed force by the respondent States. In its decision of May 2003, it found the respondent States in breach of Articles 2, 4, 5, 12 (1) and (2), 14, 16, 17, 18 (1) and (3), 19, 20, 21, 22 and 23 of the African Charter. The ACHPR found that “the killings, massacres, rapes, mutilations and other grave human rights abuses committed while the respondent States’ armed forces were still in effective occupation of the eastern provinces of the complainant State” were also inconsistent with international humanitarian law (para. 79).

l'homme et des peuples a connu d'affaires particulièrement graves (concernant le droit fondamental à la vie lui-même et d'autres droits protégés)¹⁵⁸ dont on trouve peu de parallèles au sein des Nations Unies ou dans d'autres régions.

219. Il faut donc éviter d'adopter la perspective euro-centrique traditionnelle si répandue dans l'étude du droit des gens du passé et si typique de la vision statique des pseudo-«réalistes», et adopter plutôt une perspective universaliste respectueuse non seulement de la procédure des Nations Unies, mais également des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, car ces derniers fonctionnent également dans le cadre de l'universalité des droits de l'homme. La présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo* étaye cette position, car elle a été résolue par la Cour mondiale sur la base des dispositions pertinentes d'un instrument universel (le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies) et d'un instrument régional (la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples) et d'une convention de codification des Nations Unies (la convention de Vienne sur les relations consulaires).

220. En troisième lieu, pour accorder une réparation adéquate aux victimes de violations des droits, nous devons entrer dans le domaine du droit international des droits de l'homme, car nous ne pouvons demeurer dans les confins stricts et à courte vue de la protection diplomatique, par suite non seulement de sa nature inévitablement discrétionnaire, mais également de sa dimension interétatique statique. Les réparations, en l'espèce, exigent une interprétation de la conception du droit des gens axée sur la *personne humaine* (*pro persona humana*). Ce sont en effet les personnes humaines, et non les Etats, qui sont en définitive les bénéficiaires des réparations pour les violations des droits de l'homme commises à leurs dépens.

221. La fiction vattélienne de 1758 (exprimée dans la formule «Quiconque maltraite un citoyen offense indirectement l'Etat, qui doit proté-

formes de réparation dans les affaires concernant plusieurs victimes ou membres de communautés entières, voir *Aloeboetoe et autres c. Suriname* (10 mars 1993), *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* (1^{er} février 2000), *Massacre de Plan de Sánchez c. Guatemala* (19 novembre 2004), *Communauté indigène Yakye Axa c. Paraguay* (17 juin 2005), *Massacre de Mpiripán c. Colombie* (15 septembre 2005), *Massacre de Pueblo Bello c. Colombie* (31 janvier 2006), *Communauté Moiwana c. Suriname* (8 février 2006), *Communauté indigène Sawhoyamaya c. Paraguay* (20 mars 2006), *Massacres d'Ituango c. Colombie* (1^{er} juillet 2006).

¹⁵⁸ Voir *République démocratique du Congo c. Burundi, Rwanda et Ouganda* (communication n° 227/99). La Commission africaine fut à cette occasion saisie d'une communication interétatique dans une affaire concernant l'utilisation de la force armée par les Etats défendeurs. Dans sa décision de mai 2003, elle a jugé les Etats défendeurs coupables de violations des articles 2, 4, 5, 12 1) et 2), 14, 16, 17, 18 1) et 3), 19, 20, 21, 22 et 23 de la Charte africaine. La Commission africaine a dit que «les meurtres, massacres, viols, mutilations et autres graves abus des droits de l'homme commis alors que les forces armées des Etats défendeurs occupaient toujours effectivement les provinces orientales de l'Etat requérant» étaient également incompatibles avec le droit international humanitaire (par. 79).

ce citoyen"¹⁵⁹) has already played its role in the history and evolution of international law. The challenge faced today by the World Court is of a different nature, going well beyond such inter-State dimension. It requires from the Court preparedness to explore the ways of incorporating, in its *modus operandi* — starting with its own reasoning — the acknowledgement of the consolidation of the international legal personality of individuals, and the gradual assertion of their international legal capacity — to vindicate rights which are theirs and not their own State's — as subjects of rights and bearers of duties emanating directly from international law, in sum, as true subjects of international law.

XII. CONCLUDING OBSERVATIONS

222. In this perspective, and as a starting-point in this direction, in its present Judgment in the *A.S. Diallo* case the Court was right in concentrating its attention, in particular, in the breaches found of Articles 9 and 13 of the UN Covenant on Civil and Political Rights, and Articles 6 and 12 (4) of the African Charter of Human and Peoples' Rights, as well as Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations. They concern the rights of Mr. A. S. Diallo as an individual, as a human person. The breaches of his individual rights as *associé* of the two companies come to the fore by way of consequence, having been likewise affected.

223. The subject of the rights, that the Court has found to have been breached by the Respondent State in the present case, is not the Applicant State: the subject of those rights is Mr. A. S. Diallo, an individual. The procedure for the vindication of the claim originally utilized (by the Applicant State) was that of diplomatic protection, but the substantive law applicable in the present case — as clarified after the Court's Judgment of 2007 on preliminary objections, in the course of the proceedings (written and oral phases) as to the merits — is the international law of human rights.

224. Whenever the Court diverted, in parts of the present Judgment, from the proper hermeneutics of human rights treaties, it incurred into inconsistencies (such as those of resolutive points 1, 5 and 6 of the *dispositif* of the present Judgment). Those deviations disclosed a somewhat crooked line of reasoning, which could and should have been avoided. Once the applicable law is identified and conformed, as in the present case, by human rights treaties, the Court is to interpret and apply them in pursuance of the general rule of interpretation of treaties (Article 31 of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties, of 1969 and 1986), bearing in mind their special nature.

¹⁵⁹ E. Vattel, *Le droit des gens* (1758), Book II, para. 71.

ger ce citoyen»¹⁵⁹) a déjà joué son rôle dans l'histoire et l'évolution du droit international. Le défi que doit aujourd'hui relever la Cour mondiale est d'une nature différente et dépasse de loin cette dimension interétatique. Pour le relever, la Cour doit être prête à explorer les moyens d'incorporer dans son *modus operandi* — à commencer par son propre raisonnement — la reconnaissance de la consolidation de la personnalité juridique internationale de l'individu et l'affirmation graduelle de sa capacité juridique internationale — de défendre les droits qui sont les siens et non ceux de l'Etat — en tant que sujet de droit et porteur d'obligations émanant directement du droit international, bref, en tant que véritable sujet du droit international.

XII. OBSERVATIONS FINALES

222. Dans cette perspective et pour commencer à avancer en ce sens, la Cour a eu raison, dans son arrêt en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, de concentrer son attention plus particulièrement sur les violations des articles 9 et 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies et des articles 6 et 12, paragraphe 4), de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, aussi bien que de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires. Ces violations concernent les droits de M. A. S. Diallo en tant qu'individu et que personne humaine. Ses droits individuels en tant qu'associé des deux entreprises ont été examinés par voie de conséquence, parce qu'ils ont été également violés.

223. Le sujet des droits que la Cour a estimé violés par l'Etat défendeur en l'espèce n'est pas l'Etat requérant: le sujet de ces droits est M. A. S. Diallo, un individu. Le moyen de défense initialement utilisé (par l'Etat requérant) est la protection diplomatique, mais le droit substantiel applicable en l'espèce — tel qu'il a été précisé après l'adoption de l'arrêt de 2007 de la Cour sur les exceptions préliminaires, au cours de la procédure (écrite et orale) sur le fond — est le droit international des droits de l'homme.

224. Chaque fois que la Cour s'est écartée, dans certains passages de son arrêt, de l'herméneutique appropriée des traités des droits de l'homme, elle s'est engagée dans des contradictions (par exemple dans les points 1, 5 et 6 du dispositif). Ces écarts ont révélé un raisonnement quelque peu tortueux, qui aurait pu et aurait dû être évité. Une fois que le droit applicable est identifié et correspond, comme en l'espèce, aux traités des droits de l'homme, la Cour doit interpréter et appliquer ces derniers conformément à la règle générale d'interprétation des traités (article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et 1986) compte tenu de leur nature particulière.

¹⁵⁹ E. Vattel, *Le droit des gens* (1758), livre II, par. 71.

225. After all, human rights treaties do apply in the framework of *intra-State* relations (such as, in the present case, the relations between the DRC and Mr. A. S. Diallo). In properly interpreting and applying such treaties, the Court is thereby giving its contribution to the development of the aptitude of international law to regulate relations at *intra-State*, as well as *inter-State*, levels. In the present case, in the framework of the international law of human rights, the contending Parties have sought to substantiate the arguments on the basis of the relevant provisions of two human rights treaties — the UN Covenant on Civil and Political Rights and the African Charter on Human and Peoples' Rights — as well as on the basis of the provision on an individual right enshrined into the Vienna Convention on Consular Relations (Article 36 (1) (*b*)), and construed in the conceptual universe of human rights.

226. The present case concerns, thus, the human rights (to liberty and security of person; not to be expelled from a State without a legal basis; not to be subjected to mistreatment; and to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law) of which the *titulaire* is Mr. A. S. Diallo. Had the Court pursued the proper hermeneutics of human rights treaties throughout the *whole* Judgment, in all likelihood it would have arrived at a conclusion distinct from that found in resolatory points 1, 5 and 6 of the *dispositif* of the present Judgment, and I would not have needed to vote against them.

227. The fact that the contentious procedure before the Court keeps on being exclusively an inter-State one — not by an intrinsic necessity, nor by a juridical impossibility of being of another form — does not mean that the *reasoning* of the Court ought to develop within an essentially and exclusively inter-State optics, above all when it is called to pronounce, in the peaceful settlement of the corresponding disputes, on questions which go beyond the interests of the contending States, and which pertain to the fundamental rights of the human person, and even to the international community as a whole.

228. The relations governed by contemporary international law, in distinct domains of regulation, transcend to a large extent the purely inter-State dimension (e.g., in the international protection of human rights, in the international protection of the environment, in international humanitarian law, in international refugee law, in the law of international institutions, among others), and the ICJ, called upon to pronounce upon those relations, is not bound to restrain itself to an anachronistic inter-State optics. The anachronism of its mechanism of operation ought not to, and cannot, condition its *reasoning*, so as to enable it to exert faithfully and fully its functions of principal judicial organ of the United Nations.

229. In any case, the present Judgment, in so far as resolatory points 2, 3, 4 and 7 of its *dispositif* are concerned, with which I concur, constitutes a valuable contribution of its case law to the settlement of disputes originated at *intra-State* level, when human rights are at stake. This is indeed a human rights case, decided today, on 30 November 2010, by the

225. Après tout, les traités des droits de l'homme s'appliquent effectivement dans le cadre des relations *intra-étatiques* (par exemple, en l'espèce, les relations entre la RDC et M. A. S. Diallo). En interprétant et en appliquant ces traités de façon appropriée, la Cour apporte sa pierre à la capacité du droit international de régler les relations au niveau tant *intra-* qu'*interétatique*. En l'instance, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les Parties ont appuyé leur argumentation sur les dispositions pertinentes de deux traités des droits de l'homme — le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples — de même que sur la disposition de la convention de Vienne sur les relations consulaires (alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36) concernant un droit individuel interprété dans le cadre conceptuel des droits de l'homme.

226. La présente affaire concerne donc les droits de l'homme (droit à la liberté et à la sécurité de sa personne; droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique; droit de ne pas être soumis à de mauvais traitements; droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière), dont le titulaire est M. A. S. Diallo. Si la Cour avait adopté l'herméneutique appropriée des traités des droits de l'homme dans *l'ensemble* de son arrêt, elle serait fort probablement parvenue à une conclusion distincte de celle qui figure aux points 1, 5 et 6 du dispositif et je n'aurais pas eu besoin de voter contre ces points.

227. Le fait que la procédure contentieuse devant la Cour continue d'opposer exclusivement des Etats — non par nécessité intrinsèque, ni du fait d'une impossibilité juridique d'adopter une autre forme — ne signifie pas que le *raisonnement* de la Cour doive se développer dans une optique essentiellement et exclusivement interétatique, surtout lorsque la Cour est appelée à se prononcer, pour régler pacifiquement les différends, sur des questions qui dépassent les intérêts des Etats en cause et qui concernent les droits fondamentaux de la personne humaine, et même la communauté internationale dans son ensemble.

228. Les relations régies par le droit international contemporain, dans différents domaines, transcendent dans une grande mesure la dimension purement interétatique (par exemple la protection internationale des droits de l'homme, l'environnement, le droit international humanitaire, le droit international des réfugiés, le droit des institutions internationales, entre autres) et la CIJ, qui est appelée à se prononcer sur ces relations, n'est pas tenue de se limiter à une perspective interétatique anachronique. Le caractère anachronique de son mode de fonctionnement ne doit pas, et ne peut pas, conditionner son *raisonnement* si elle veut exercer fidèlement et pleinement ses fonctions d'organe judiciaire principal des Nations Unies.

229. Quoi qu'il en soit, le présent arrêt, en ce qui concerne du moins les points 2, 3, 4 et 7 de son dispositif, avec lesquels je suis d'accord, constitue une contribution valable de la jurisprudence de la Cour au règlement de différends trouvant leur source au niveau *intra-étatique*, lorsque les droits de l'homme sont en cause. C'est bien sur une affaire relative aux

ICJ, despite the strict and anachronistic inter-State procedure before this latter. The fact that a human rights case has at last been decided by the ICJ itself is particularly significant to me.

230. It shows that, at times, reality can appear better than the prospects. The human mind does not conform itself to a straightjacket. One is not to lose faith in the progressive development of international law, despite the bias of the majority of the legal profession. The fact that a human rights case has now been decided by the ICJ itself, further shows that contemporary international law has notably developed to such an extent that States themselves see it fit to make use of a contentious procedure of the kind, originally devised in 1920 and confirmed in 1945 for their own and exclusive utilization, in order to obtain from the Court its decision on human rights, on rights inherent to the human person, ontologically anterior and superior to the State itself.

231. This amounts, furthermore, to a clear and reassuring acknowledgement of the existence of common and superior values that States themselves no longer hesitate to recognize. This is, in so far as the present case is concerned, very much to the credit of both Guinea and the DRC, two African States that have thereby given a good example to be followed in other continents and latitudes. It is in line with the evolving international law for the human person (*pro persona humana*), the new *jus gentium* of this beginning of the twenty-first century.

XIII. EPILOGUE: TOWARDS A NEW ERA OF INTERNATIONAL ADJUDICATION OF HUMAN RIGHTS CASES BY THE ICJ

232. Having endeavoured to identify the lessons extracted from the present *Diallo* case (*supra*), I could not conclude this separate opinion without a brief epilogue on its historical transcendence. The case resolved today by the ICJ had as claimant a State, and as victim — and beneficiary of reparation — an individual. As I pointed out at the beginning of this separate opinion, this is the first time in its history that the World Court has resolved a case on the basis of the applicable law conformed by two human rights treaties together, one at universal level (the UN Covenant on Civil and Political Rights) and the other at regional level (the African Charter on Human and Peoples' Rights), in addition to the relevant provision (Article 36 (1) (*b*)) of the Vienna Convention on Consular Relations, situated also in the domain of the international protection of human rights.

233. It is reassuring that, due originally to the exercise of diplomatic protection; the cause of Mr. A. S. Diallo reached this Court. This was as far as diplomatic protection, a traditional instrument, went, and could go. We cannot expect more from it than what it can provide. It is, after all, as traditional as the *rationale* of the procedure before this Court.

droits de l'homme que la CIJ a rendu son arrêt aujourd'hui, 30 novembre 2010, en dépit de la procédure interétatique stricte et anachronique qui a été suivie. Le fait que la CIJ ait enfin jugé une affaire relative aux droits de l'homme est en soi particulièrement significatif à mes yeux.

230. La réalité dépasse en effet parfois les attentes. L'esprit humain ne se laisse pas enfermer dans un carcan. Il ne faut pas perdre foi dans le développement progressif du droit international malgré la tendance majoritaire du monde juridique. Le fait que la CIJ ait connu d'une affaire relative aux droits de l'homme montre en outre que le droit international contemporain s'est sensiblement développé, à telle enseigne que les Etats eux-mêmes jugent bon d'utiliser une procédure contentieuse de cette nature, initialement conçue en 1920 et confirmée en 1945 pour leur usage propre et exclusif, afin d'obtenir de la Cour une décision sur les droits de l'homme, sur des droits inhérents à la personne humaine, ontologiquement antérieure et supérieure à l'Etat.

231. Il s'agit en outre d'une reconnaissance claire et rassurante de l'existence de valeurs communes et supérieures, que les Etats eux-mêmes n'hésitent plus à reconnaître. Dans la présente affaire en tout cas, il est tout à fait à l'honneur de la Guinée et de la RDC, deux Etats africains, d'avoir montré l'exemple à suivre sous d'autres latitudes et sur d'autres continents. Leur attitude est conforme à l'évolution du droit international pour la personne humaine (*pro persona humana*) du nouveau *ius gentium* de ce début du XXI^e siècle.

XIII. VERS UNE NOUVELLE ÈRE DE JUSTICE INTERNATIONALE EN MATIÈRE DE DROITS DE L'HOMME À LA CIJ

232. M'étant efforcé d'identifier les enseignements à tirer de la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo (supra)*, je ne peux conclure cette opinion individuelle sans m'arrêter, dans un bref épilogue, sur sa transcendance historique. L'affaire réglée aujourd'hui par la CIJ avait comme demandeur un Etat et comme victime — et bénéficiaire de la réparation — un individu. Ainsi que je l'ai dit au début de cette opinion individuelle, c'est la première fois dans son histoire que la Cour mondiale a connu d'une affaire dans laquelle le droit applicable était constitué par deux traités des droits de l'homme, l'un universel (le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies) et l'autre régional (la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples), en plus de la disposition pertinente (alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36) de la convention de Vienne sur les relations consulaires, qui appartient également au domaine de la protection internationale des droits de l'homme.

233. Il est rassurant de constater que la cause de M. A. S. Diallo ait été portée devant la Cour, à l'origine, au titre de l'exercice de la protection diplomatique. La protection diplomatique, instrument traditionnel, n'a servi qu'à cela, ce qui était tout à fait normal. La protection diplomatique ne peut donner que ce qu'elle a. Elle est, après tout, aussi traditionnelle

Individuals keep suffering a *capitis diminutio*, as they still need to rely on that traditional instrument to reach this Court, whilst they already have *locus standi in judicio* or even *jus standi* before other contemporary international tribunals. This shows that there is epistemologically no impediment for individuals to have either *locus standi* or *jus standi* before the World Court as well; what is lacking is the *animus* to render that possible, given the usual prevalence of mental inertia.

234. Notwithstanding, there is something both reassuring and novel in the present *Diallo* case now resolved by this Court: as from the proceedings on the merits (written and oral phases), the case has been to a large extent heard, and adjudicated upon, in the conceptual framework of the international law of human rights. It is this latter, and not diplomatic protection, that is apt to safeguard the rights of persons under adversity, or socially marginalized or excluded, or in situations of the utmost vulnerability.

235. Diplomatic protection was here originally exercised by Guinea to protect a successful businessman, devoted to making money for many years, who, later on, fell in disgrace abroad, in the country of his residence, the DRC. Diplomatic protection remains ontologically discretionary, and thus limited in scope and possibilities. What has diplomatic protection been doing to safeguard the human rights of millions of documented and undocumented migrants, struggling to survive through their own labour, and daily humiliated around the world? Virtually nothing.

236. The only protection that “the wretched of the earth”¹⁶⁰ have been finding is the one provided under certain international instruments and treaties of the international law of human rights. Attention is thus to be shifted from the differing *de facto* capabilities of States to extend protection to their nationals abroad, into the satisfaction of the basic needs of protection of those forgotten by the world, the poor and the oppressed, who have already lost faith in human justice. This is a great challenge to international justice today, a challenge that can effectively be faced only in the realm of the international law of human rights, beyond the purely inter-State dimension.

237. Moreover, this is the first time in its history that the World Court has expressly taken into account the contribution of the case law of two international human rights tribunals, the European and the Inter-American Courts, to the perennial struggle of human beings against *arbitrariness*. The ICJ, much to its credit, has done so, in paragraph 68 of the present Judgment, in relation to the interpretation, by the European and the Inter-American Courts, respectively, of Article 1 of Protocol No. 7 to

¹⁶⁰ To paraphrase a humanist of the twentieth century, Frantz O. Fanon, *Les damnés de la terre*, 1961.

que la raison d'être de la procédure introduite devant la Cour. L'individu continue de souffrir une *capitis diminutio*, puisqu'il doit continuer de s'appuyer sur cet instrument traditionnel pour arriver jusqu'à la Cour, alors qu'il a déjà *locus standi in judicio* et même *jus standi* devant d'autres tribunaux internationaux contemporains. Il n'existe donc, du point de vue épistémologique, aucun obstacle à la qualité d'agir ou au droit d'agir des individus devant la Cour mondiale également; le seul élément manquant est le désir de faire en sorte que cela soit possible, étant donné l'inertie qui continue de prévaloir dans les mentalités.

234. Néanmoins, l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* dont la Cour vient de connaître apporte des éléments nouveaux qui sont de nature à rassurer: à partir de la phase du fond (procédures écrite et orale), l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* a été dans une grande mesure défendue et jugée dans le cadre conceptuel du droit international des droits de l'homme. C'est ce dernier, et non la protection diplomatique, qui est de nature à garantir les droits des personnes en difficulté, socialement marginalisées ou exclues ou extrêmement vulnérables.

235. La protection diplomatique a été exercée à l'origine, en l'espèce, par la Guinée pour protéger un homme d'affaires prospère, qui avait pendant de nombreuses années travaillé à s'enrichir et qui est tombé en disgrâce à l'étranger, dans le pays de résidence qu'il avait choisi, la RDC. La protection diplomatique demeure essentiellement discrétionnaire et donc limitée dans sa portée et ses possibilités. Qu'a fait la protection diplomatique pour protéger les droits de l'homme de millions de migrants avec et sans papiers, qui s'efforcent de survivre par leur propre travail et qui sont quotidiennement humiliés dans le monde entier? Pratiquement rien.

236. La seule protection que les «damnés de la Terre»¹⁶⁰ ont trouvée est celle que leur fournissent certains instruments et traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Il faut donc cesser d'axer notre attention sur les moyens inégaux dont disposent les Etats pour protéger leurs ressortissants à l'étranger, et essayer plutôt de satisfaire les besoins fondamentaux de protection des oubliés de ce monde, les pauvres et les opprimés, qui ont déjà perdu toute foi dans la justice humaine. C'est là un grand défi pour la justice internationale aujourd'hui, un défi qui ne peut être efficacement relevé que dans le domaine du droit international des droits de l'homme, par-delà la dimension purement interétatique.

237. De plus, c'est la première fois dans son histoire que la Cour mondiale a expressément pris en compte la contribution de la jurisprudence de deux tribunaux internationaux des droits de l'homme, les Cours européenne et interaméricaine, à la lutte perpétuelle de l'être humain contre l'*arbitraire*. La CIJ — et c'est tout à son honneur — l'a fait au paragraphe 68 du présent arrêt, concernant l'interprétation donnée par les Cours européenne et interaméricaine respectivement de l'article 1 du protocole

¹⁶⁰ Pour paraphraser un humaniste du XX^e siècle, Frantz O. Fanon, *Les damnés de la terre*, 1961.

the European Convention of Human Rights, and of Article 22 (6) of the American Convention on Human Rights, which it regarded as consistent with what it has found in paragraph 65 of the present Judgment¹⁶¹. Paragraph 65 refers to the protection of the human person against arbitrary treatment, encompassing the prohibition of arbitrary expulsion¹⁶².

238. This discloses a new mentality in relation to another relevant issue. The co-existence of multiple international tribunals, fostering access to international justice on the part of a growing number of *justiciables* around the world in distinct domains of human activity, bears evidence of the way contemporary international law has developed in the old search for the realization of international justice. Contemporary international tribunals have much to learn from each other.

239. Article 92 of the UN Charter states that this Court, the ICJ, is “the principal judicial organ of the United Nations”. In addition, Article 95 of the UN Charter leaves the door open to Member States to entrust the solution of their differences to “other tribunals by virtue of agreements already in existence or which may be concluded in the future”. Ours has become the age of international tribunals, and this is a highly positive phenomenon, as what ultimately matters is the enlarged or expanded access to justice, *lato sensu*, comprising the realization of justice.

240. Misleading and deleterious expressions, such as “proliferation of international tribunals”, “forum shopping”, and “fragmentation of international law”, should be definitively discarded, not only for their superficiality (despite the regrettable fascination which they seem to have been exerting upon a large and hectic segment of the legal profession), but also because they do not at all belong to the lexicon of international law. And they simply miss the point — the overriding imperatives of justice. Contemporary international tribunals should pursue their common mission — the realization of international justice — working together, without antagonisms, self-sufficiencies or protagonist moves.

241. This is another lesson that can be extracted from the adjudication of the present *Diallo* case. It is indeed reassuring that the ICJ has disclosed a new vision of this particular issue, in so far as international human rights tribunals are concerned. This is particularly important at a

¹⁶¹ By reference to the corresponding provisions of the Covenant on Civil and Political Rights and of the African Charter on Human and Peoples’ Rights.

¹⁶² Particularly relevant, for a study of the right to freedom of movement and residence under Article 22 of the American Convention on Human Rights, are the judgment of the Inter-American Court, of 15 June 2005, in the case of the *Moiwana Community v. Suriname* (paras. 107-121), as well as the IACtHR’s order (on provisional measures of protection), of 18 August 2000, in the case of *Haitians and Haitian-Origin Dominicans in the Dominican Republic* (paras. 9-11), and concurring opinion of Judge A. A. Cançado Trindade (paras. 2-25).

n° 7 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 22, paragraphe 6, de la convention américaine des droits de l'homme, qu'elle a jugée compatible avec la teneur du paragraphe 65 de son arrêt¹⁶¹. Le paragraphe 65 concerne la protection de la personne humaine contre l'arbitraire, y compris l'interdiction de l'expulsion arbitraire¹⁶².

238. La Cour a ainsi fait preuve d'un esprit nouveau à l'égard d'une autre question pertinente. La coexistence de nombreux tribunaux internationaux, qui ouvre l'accès à la justice internationale à un nombre croissant de *justiciables* dans le monde entier dans différents domaines d'activité humaine, témoigne de la manière dont le droit international contemporain s'est développé dans la recherche, déjà ancienne, de la réalisation de la justice internationale. Les tribunaux internationaux contemporains ont beaucoup à apprendre les uns des autres.

239. L'article 92 de la Charte des Nations Unies affirme que la CIJ constitue «l'organe judiciaire principal des Nations Unies». De plus, l'article 95 de la Charte permet aux Etats membres de confier la solution de leurs différends «à d'autres tribunaux en vertu d'accords déjà existants ou qui pourront être conclus à l'avenir». Nous vivons à l'ère des tribunaux internationaux, phénomène extrêmement positif, car ce qui compte en définitive est d'élargir ou de faciliter l'accès à la justice au sens large, c'est-à-dire notamment à la réalisation de la justice.

240. Des expressions trompeuses et délétères comme «prolifération des tribunaux internationaux», «recherche du tribunal le plus favorable» et «fragmentation du droit international» doivent être définitivement rejetées, non seulement parce qu'elles sont superficielles (malgré la fascination regrettable qu'elles semblent exercer sur une partie nombreuse et agitée de la profession juridique), mais également parce qu'elles n'appartiennent pas du tout au vocabulaire du droit international. De plus, ces expressions occultent l'enjeu véritable — à savoir les impératifs prééminents de la justice. Les tribunaux internationaux contemporains doivent accomplir leur mission commune — la réalisation de la justice internationale — en travaillant de concert, sans antagonisme, autosuffisance ni recherche de la gloire.

241. C'est un autre enseignement que l'on peut tirer du jugement rendu dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*. Il est de fait rassurant que la CIJ ait manifesté une nouvelle vision de cette question, pour ce qui a trait aux tribunaux internationaux des droits de l'homme.

¹⁶¹ Par référence aux dispositions correspondantes du Pacte relatif aux droits civils et politiques et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

¹⁶² D'une pertinence particulière pour une étude du droit à la liberté de circulation et de résidence consacré à l'article 22 de la convention américaine des droits de l'homme sont l'arrêt de la Cour interaméricaine du 15 juin 2005 en l'affaire *Communauté Moiwana c. Suriname* (par. 107-121) et son ordonnance (sur des mesures conservatoires de protection) du 18 août 2000 en l'affaire *Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne en République dominicaine* (par. 9-11) et l'opinion concordante du juge A. A. Cançado Trindade (par. 2-25).

time when States rely, in their submissions to this Court, on relevant provisions of human rights conventions, as both Guinea and the DRC have done in the present case, in their arguments centred on the UN Covenant on Civil and Political Rights and the African Charter on Human and Peoples' Rights (in addition to the relevant provision of the Vienna Convention on Consular Relations, in the framework of the international protection of human rights).

242. This is not the only example wherein this has occurred. On 29 May 2009, the ICJ delivered its Order (on provisional measures) in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, wherein Belgium and Senegal presented their submissions concerning the interpretation and application of the relevant provisions of the 1984 UN Convention against Torture. And, very recently, a few days ago, in the public sittings before this Court of 13 to 17 September 2010, Georgia and the Russian Federation submitted their oral arguments in the case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, another UN human rights treaty. It is reassuring that States begin to rely on human rights treaties before this Court, heralding a move towards an era of possible adjudication of human rights cases by the ICJ itself. The international juridical conscience has at last awakened to the fulfillment of this need.

243. The ICJ, in the exercise of its contentious as well as advisory functions in recent years, has referred either to relevant provisions of a human rights treaty such as the Covenant on Civil and Political Rights, or to the work of its supervisory organ, the Human Rights Committee¹⁶³. These antecedents are not to pass unnoticed, in acknowledging the turning-

¹⁶³ Thus, as to contentious cases, in its Judgment in the case of *Armed Activities on the Territory of the Congo (The Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* (I.C.J. Reports 2005, p. 168), the Court held that the Covenant provisions were applicable to the case. Shortly afterwards, in its Judgment in the case of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (I.C.J. Reports 2007 (I), p. 43) the Court recalled the wording of Articles 2 and 3 of the Covenant to support its interpretation of the meaning of the word "undertakes" in the Convention against Genocide (Article 1). As to its advisory function, the ICJ held, in its Advisory Opinion on *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (I.C.J. Reports 2004 (I), p. 136) that the Covenant is not unconditionally suspended in times of conflict (para. 106), and that the Covenant applies outside the States parties' territory when they exercise their jurisdiction therein, as emerges from the legislative history of the Covenant, as well as from the consistent practice of the Human Rights Committee (paras. 107-111 and 134). Earlier on, in its Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (I.C.J. Reports 1996 (I), p. 226), the ICJ referred to Article 6 (on the right to life) of the Covenant. Very recently, in my separate opinion in the Court's Advisory Opinion on *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* (I.C.J. Reports 2010 (II), p. 403) I deemed it fit to refer to Article 1 of the two UN Covenants on Human Rights as well as to the Human Rights Committee's position

Cela est particulièrement important à une époque où les Etats s'appuient, dans les conclusions qu'ils soumettent à la Cour, sur des dispositions pertinentes de conventions relatives aux droits de l'homme, comme l'ont fait en l'espèce la Guinée et la RDC lorsqu'elles ont invoqué dans leur argumentation le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (en plus de la disposition pertinente de la convention de Vienne sur les relations consulaires dans le cadre de la protection internationale des droits de l'homme).

242. Cet exemple n'est pas le seul. Le 29 mai 2009, la CIJ a rendu son ordonnance (sur des mesures conservatoires) en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, dans laquelle la Belgique et le Sénégal ont présenté des conclusions fondées sur l'interprétation et l'application des dispositions pertinentes de la convention des Nations Unies contre la torture de 1984. Il y a quelques jours à peine, au cours des audiences tenues devant la Cour du 13 au 17 septembre 2010, la Géorgie et la Fédération de Russie ont présenté leurs plaidoiries en l'affaire concernant *l'Application de la convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale*, un autre traité des Nations Unies relatif aux droits de l'homme. Il est bon que les Etats commencent à invoquer devant la Cour des traités relatifs aux droits de l'homme, ce qui annonce une nouvelle ère où la CIJ elle-même pourrait connaître d'affaires relatives aux droits de l'homme. La conscience juridique internationale s'est enfin éveillée à ce besoin.

243. Dans l'exercice de ses fonctions en matière contentieuse aussi bien que consultative ces dernières années, la CIJ s'est reportée à des dispositions pertinentes d'un traité relatif aux droits de l'homme comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou aux travaux de son organe de surveillance, le Comité des droits de l'homme¹⁶³. Ce fait ne

¹⁶³ Ainsi, en matière contentieuse, dans son arrêt en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (C.I.J. Recueil 2005, p. 168), la Cour a dit que les dispositions du Pacte étaient applicables en l'instance. Peu après, dans son arrêt en l'affaire relative à *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 43), la Cour a rappelé le libellé des articles 2 et 3 du Pacte pour étayer son interprétation du sens du mot «s'engagent» figurant dans la convention contre le génocide (article premier). En matière consultative, la CIJ a jugé, dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 136), que le Pacte n'était pas suspendu de façon inconditionnelle en période de conflit (par. 106) et s'appliquait en dehors du territoire des Etats parties lorsque ceux-ci y exerçaient leur compétence, comme en témoignent l'histoire législative du Pacte ainsi que la pratique constante du Comité des droits de l'homme (par. 107-111 et 134). Antérieurement, dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 226), la CIJ avait renvoyé à l'article 6 (relatif au droit à la vie) du Pacte. Très récemment, dans mon opinion individuelle relative à l'avis consultatif de la Cour sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 403), j'ai jugé bon de rappeler l'article premier des deux pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme ainsi que la position du Comité des droits de l'homme sur la

point which has just occurred in the present *Diallo* case: the Court, in the Judgment being delivered today, 30 November 2010, has gone much further, beyond the United Nations system, in acknowledging the contribution of the jurisprudential construction of two other international tribunals, the Inter-American and the European Courts of Human Rights. It has also dwelt upon the contribution of an international human rights supervisory organ, the African Commission on Human and Peoples' Rights. The three regional human rights systems operate within the framework of the universality of human rights.

244. Contemporary international tribunals should pursue their common mission — the realization of international justice — in a spirit of respectful dialogue, learning from each other, keeping in mind the perennial lesson of Socrates, so perspicaciously grasped by Karl Popper in the twentieth century:

“Every solution of a problem creates new unsolved problems. The harder the original problem and the bolder the attempt to solve it, the more interesting these new problems are. The more we learn about the world, and the deeper our learning, the more conscious, clear and well-defined will be our knowledge of *what we do not know*, our knowledge of our ignorance. The main source of our ignorance lies in the fact that our knowledge can only be finite, while our ignorance must necessarily be infinite.”¹⁶⁴

245. By cultivating this dialogue, attentive to each other's work in pursuance of a common mission, contemporary international tribunals will provide avenues not only for States, but also for human beings, everywhere, and in respect of distinct domains of international law, to recover their faith in human justice. They will thus be enlarging and strengthening the aptitude of contemporary international law to resolve disputes occurred not only at *inter-State* level, but also at *intra-State* level. And they will thus be striving towards securing to States as well as to human beings what they are after: the realization of justice.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

on the States' automatic succession in respect of human rights treaties and on the extra-territorial application of human rights (p. 583, para. 154 and p. 599, para. 191).

¹⁶⁴ K. R. Popper, *On the Sources of Knowledge and of Ignorance*, Oxford University Press, 1960, pp. 150-151.

saurait être oublié, au moment de saluer le point tournant que constitue la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*: la Cour, dans l'arrêt qu'elle rend aujourd'hui, 30 novembre 2010, est allée bien plus loin, au-delà du système des Nations Unies, lorsqu'elle a reconnu la contribution de la jurisprudence de deux autres tribunaux internationaux, les Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme. La Cour a également tenu compte de la contribution d'un organe international de supervision des droits de l'homme, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Ces trois systèmes régionaux fonctionnent dans le cadre de l'universalité des droits de l'homme.

244. Les tribunaux internationaux contemporains doivent remplir leur mission commune — qui est de réaliser la justice internationale — dans un esprit de dialogue respectueux, en apprenant les uns des autres et en gardant à l'esprit l'enseignement durable de Socrate, que Karl Popper a compris de façon si perspicace au XX^e siècle :

« Toute solution d'un problème donne naissance à de nouveaux problèmes qui exigent à leur tour solution ... Plus nous apprenons sur le monde, et plus ce savoir s'approfondit, plus la connaissance de *ce que nous ne savons pas*, la connaissance de notre ignorance prend forme et gagne en spécificité comme en précision. Là réside en effet la source majeure de notre ignorance: le fait que notre connaissance ne peut être que finie, tandis que notre ignorance est nécessairement infinie. »¹⁶⁴

245. En cultivant ce dialogue, attentifs les uns aux autres dans la réalisation d'une mission commune, les tribunaux internationaux contemporains donneront non seulement aux Etats, mais également aux êtres humains du monde entier, dans différents domaines du droit international, des raisons de reprendre confiance dans la justice humaine. Ce faisant, ces tribunaux élargiront et renforceront la capacité du droit international contemporain de résoudre les différends survenant non seulement au niveau *interétatique*, mais également au niveau *intra-étatique*. Ils aideront ainsi les Etats et les êtres humains à atteindre l'objectif recherché par tous: la réalisation de la justice.

(*Signé*) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

succession automatique des Etats à l'égard des traités des droits de l'homme et sur l'application extraterritoriale des droits de l'homme (p. 583, par. 154, et p. 599, par. 191).

¹⁶⁴ Karl Popper, *Des sources de la connaissance et de l'ignorance*, Paris, Payot et Rivages, 1998, p. 150-151.